

ECKHARD GOTTSCHALK

**Die gerichtliche Nachprüfbarkeit
von Unternehmerentscheidungen
im Rahmen des wirtschaftlichen
Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats
und des Kündigungsschutzgesetzes**

1962

1962

**Die gerichtliche Nachprüfbarkeit von Unternehmer-
entscheidungen im Rahmen des wirtschaftlichen
Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats und des
Kündigungsschutzgesetzes**

INAUGURAL — DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main



vorgelegt von
Eckhard Gottschalk
Gerichtsreferendar aus Emden

1963

Erstgutachter: Professor Dr. Isele

Zweitgutachter: Professor Dr. Kronstein

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Juli 1962

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	11
Abkürzungsverzeichnis	23
Einleitung	27
Erster Teil	29
Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen im Rahmen der wirtschaftlichen Mitbestimmung des Betriebsrats (§§ 72 — 75 BetrVerfG)	
I Die Entwicklung des Rechts auf wirtschaftliche Mitbestimmung	30
II Die Voraussetzungen des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats (§ 72 Abs. 1 BetrVerfG)	33
1 die Betriebsänderung	33
2 die durch die Betriebsänderung für die Belegschaft zu erwartenden Nachteile	37
III Die verfahrensmäßige Durchführung der wirtschaftlichen Mitbestimmung	38
IV Der Umfang und die rechtlichen Wirkungen der wirtschaftlichen Mitbestimmung des Betriebsrats	39
V Die gerichtliche Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 74 BetrVerfG	41
Zweiter Teil	
Die Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 1 KSchG	47
I Rechtsgeschichtliche Darstellung der Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des Kündigungsschutzes	48

1	Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 84 BRG	48
2	Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 56 AOG	54
3	Entwicklung des Kündigungsschutzes nach 1945 bis zur Schaffung des Kündigungsschutzgesetzes	58
II	Der Begriff „dringende betriebliche Erfordernisse“ (§ 1 Abs. 2 KSchG) in Lehre und Rechtsprechung	59
III	Die Argumente gegen eine Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen	60
1	abschließende Regelung der Mitbestimmung im Betriebsverfassungsgesetz	60
2	Wirksamkeit der Kündigung trotz Verstoßes gegen eine betriebliche Einigung	62
3	keine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen bei Massenentlassungen (§§ 15 — 20 KSchG)	63
4	Unternehmerisiko setzt Freiheit der Unternehmerentscheidung voraus	64
5	Unfähigkeit der Gerichte, Unternehmerentscheidungen nachzuprüfen	65
6	Unmöglichkeit, getroffene Unternehmermaßnahmen rückgängig zu machen	66
IV	Kritik und Ablehnung der Theorie von der Vorteil — Nachteilabwägung	66
1	Unmöglichkeit, betrieblichen Vorteil und Arbeitnehmernachteil zu vergleichen	67
2	Unvereinbarkeit der Vorteil — Nachteiltheorie mit § 1 KSchG	68
3	Zusammenfassung	73
V	Das Kündigungsschutzgesetz und das Verbot der rechtsmißbräuchlichen Kündigung	73
1	§ 1 KSchG als Konkretisierung von Treu und Glauben (§ 242 BGB)	73

2 Unterscheidung zwischen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Kündigung und dem Verstoß einer Kündigung gegen Treu und Glauben	74
3 den Merkmalen des § 1 KSchG kommt keine differenzierende Kraft im Rahmen des § 242 BGB zu	75
4 Unterscheidung zwischen Rechtsmißbrauch und Kündigungsschutz	76
VI Die in Rechtsprechung und Lehre für eine Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen vorgetragenen Gründe . . .	77
VII Die Verknüpfung von Arbeitgeber- und Unternehmerentscheidung macht eine Nachprüfung der Unternehmerentscheidung notwendig	80
1 der Unternehmer als Arbeitgeber	80
2 das Zusammenfallen von Unternehmer- und Arbeitgeberfunktion	83
3 die Auswirkung des Zusammenfallens von Unternehmer- und Arbeitgeberentscheidung auf die im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG vorzunehmende Prüfung	85

Dritter Teil

Inhalt und Grenzen der Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 1 KSchG	88
I Abgrenzung zwischen nachprüfbaren und nicht nachprüfbaren Unternehmerentscheidungen	88
1 Abgrenzung an Hand des Kriteriums der Unmittelbarkeit des unternehmerischen Eingriffs	88
2 Abgrenzung an Hand der Tatbestände des § 72 Abs. 1 Satz 2 lit. a — e BetrVerfG	90
II Die dringenden betrieblichen Erfordernissen entsprechende Unternehmerentscheidung	93
1 bei Rationalisierungskündigungen	93
2 bei Abbaukündigungen	97

III	Der für die Beurteilung der Unternehmerentscheidung maßgebliche Zeitpunkt	99
IV	Die Kollision zwischen einer gesetzlichen bzw. vertraglichen Bindung der Unternehmerentscheidung und deren Sozialbindung	100
	1 bei gesetzlicher Bindung der Unternehmerentscheidung .	101
	2 bei vertraglicher Bindung der Unternehmerentscheidung .	102
V	Folgen des Wegfalls eines Arbeitsplatzes im Falle einer sozial nicht gerechtfertigten Kündigung	105
VI	Die Fähigkeit der Gerichte für Arbeitssachen, Unternehmerentscheidungen nachzuprüfen	108
	Schlußbetrachtung	112

Literaturverzeichnis

Auffarth — Müller

Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Berlin — Frankfurt/Main, 1960

Ballerstedt

Wirtschaftsverfassungsrecht, in Handbuch der Grundrechte, III. Bd. 1. Halbband, S. 1 ff, 1958

Ballinger

Die Rechtsstellung des Unternehmers, Stuttgart — Berlin, 1936

Baudisch

Der Unternehmerbegriff in der gewerblichen Unfallversicherung, Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, Heft 33, 1933

Baumbach — Hefermehl

Kommentar zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München — Berlin, 1960

Bertele

Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung, Heidelberg, 1960

Blohm

Schadensersatz bei Druckkündigungen, RdA 1955 S. 303

Bobrowski — Gaul

Das Arbeitsrecht im Betrieb, 4. Aufl., Heidelberg, 1962

Böttcher

Zum Regierungsentwurf des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1951 S. 81

Die „sozial ungerechtfertigte Kündigung“ im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes vom 10. 8. 1951, MDR 1952 S. 260

Zum Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebsnachfolger, Festschrift für Nikisch, Tübingen, 1958

Anmerkung zu BAG, AP Nr. 1 zu § 23 BetrVerfG

Brecher

Vertragsübergang, Betriebsnachfolge und Arbeitsverhältnis, Festschrift für Schmidt — Rimpler, Karlsruhe, 1957, S. 181

Bührig

Der Kündigungsschutz der nicht vom Kündigungsschutzgesetz erfaßten Arbeitnehmer, RdA 1955 S. 265

Bührig — Wittholz — Paulsen

Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Köln, 1952

Burchardt

Der Stellvertreter des Betriebsführers in seinen Beziehungen zum Unternehmer, DAR 1936 S. 339

Crone

„Vermutete“ Sozialwidrigkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, RdA 1952 S. 330

Gesetzwidrige Kündigung und richterliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses, RdA 1952 S. 140

Dalhoff

Die Auswirkung der Rationalisierung auf die Organisation industrieller Betriebe, wirtschaftswissenschaftliche Diss. Münster, 1928

Denecke

Rechtsnachfolge in den Betrieb: Übergang des Arbeitsverhältnisses, BB 1950 S. 679/680

Deringer

Rationalisierungskartelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1958 S. 3

Dersch

Kommentar zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Berlin, 1934

Die neuere Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis, Festschrift für Herschel, Stuttgart, 1955

Beginn des Vertrauensamtes, DAR 1935 S. 121

Anmerkung zu ArbG Hamburg, Bensch. Bd. 26 S. 174/175

Diekhoff

Zur Nachprüfbarkeit der betriebsbedingten Kündigung, Arb. u. R. 1957 S. 197

Zur Frage der „ununterbrochenen Beschäftigung“ im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes, BB 1959 S. 560

Dietz

Probleme des Arbeitsrechts, Recht-Staat-Wirtschaft Bd. 3 (1951) S. 332

Das neue Kündigungsschutzgesetz, NJW 1951 S. 941

Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 3. Aufl., München - Berlin 1960

Eberl

Überprüfung betriebsbedingter Kündigungen durch das Arbeitsgericht, BB 1954 S. 447

Eckhardt

Betrieb und Unternehmer, ZfdgHR Bd. 94 (1929) S. 1 ff

Erdmann

Das Kündigungsschutzgesetz, Neuwied 1951

Das Betriebsverfassungsgesetz, 2. Aufl., Neuwied 1954

Fastenau

Die unwirksame Kündigung, Diss. Göttingen, 1956

Fechner

Führertum und Unternehmertum im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Bonner rechtsw. Abhandlungen, Heft 39 (1937)

Feig — Sitzler

Betriebsrätegesetz, 14. Aufl. 1931

Fitting

Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, Betr. 1950 S. 228

Fitting — Kraegeloh

Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl. bearb. von Fitting—Auffarth, Berlin — Frankfurt/M. 1960

Flatow

Anmerkung zu LAG Frankfurt/M, Bensch Bd. 14 LAG S. 21

Anmerkung zu RAG, Bensch Bd. 15 S. 374

Flatow—Kahn=Freund

Kommentar zum Betriebsrätegesetz, 13. Aufl., Berlin 1931

Flume

Grundsatzfragen der Mitbestimmung, Betr. 1952 S. 513

Franke

Wie haftet der Betriebsführer dem Unternehmer, DAR 1935 S. 172

Die richterliche Nachprüfung der Betriebsverhältnisse im Kündigungswiderrufsverfahren, JW 1936 S. 1184

Frey

Der Abkehrwille beim Kündigungsschutz, Arb. u. R. 1956 S. 101

Der Beurteilungszeitpunkt tatsächlicher Umstände beim Kündigungsschutz, Arb. u. R. 1955 S. 140 f

Zu Idee und Funktion des sozialen Rechtsstaates im Arbeitsrecht, Arb. u. R. 1961 S. 298

Fuhr

Kommentar zur Gewerbeordnung, 1960

Gadow — Heinichen

Großkommentar des Aktiengesetzes, 2. Aufl., 1961, Berlin

Galperin

Unwirksamkeit der Kündigung und Kündigungsschutz, BB 1948 S. 305

Umfang und Grenzen der gerichtlichen Nachprüfung betriebsbedingter Kündigungen, BB 1954 S. 1117

Die wirtschaftliche Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz, Betr. 1952 S. 804

Galperin — Siebert

Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 3. Aufl., 1958

Gaul

Die Betriebsüberlassung als betriebsverfassungsrechtliches Problem, RdA 1954 S. 247

Rechtsprobleme der Rationalisierung mit ihren Lohn- und Personalfragen, Heidelberg, 1961

v. Godin — Wilhelmi

Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., bearb. von Reinhard Freiherr von Godin, Berlin 1950

Groß

Die Mitwirkung des Betriebsrats bei der Kündigung, Arb. u. R. 1953 S. 115

Wirtschaftliches Mitbestimmungsrecht und Abfindungsanspruch, Arb. u. R. 1954 S. 165

Güntner

Rechtsnatur und Probleme des Kündigungsschutzes der Betriebsratsmitglieder, NJW 1955 S. 569

Hedemann

Der Arbeitsplatz als Rechtsgut, RdA 1953 S. 121

Heimeier

Betriebsbedingte Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz, Betr. 1955 S. 1117

Herschel

Unbillige Härte und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BB 1949 S. 745
Zum Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes (Westzonen), BB 1951 S. 61

Kündigungsschutz bei innerer Lossagung vom Betrieb, NJW 1952 S. 364

Das Arbeitsrecht, Handbuch der Grundrechte, III. Bd., 1. Halbband, S. 325 ff, 1958

Druckkündigung und Schadensausgleich, Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. II, S. 662, Berlin—Tübingen—Frankfurt am Main, 1956

Bestandsschutz und Verschuldensprinzip im Kündigungsschutzgesetz, BB 1955 S. 806

Die Betriebszugehörigkeit als geschütztes Rechtsgut, RdA 1960 S. 121

Herschel — Steinmann

Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4. Aufl., Heidelberg, 1958

Hessel

Wirtschaftliches Mitbestimmungsrecht, Betr. 1950 S. 170

Die Problematik des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts, BB 1950 S. 371

Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, Betr. 1952 S. 349

Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht im neuen Betriebsverfassungsgesetz, BB 1952 S. 921 ff

Hilger

Mitbestimmungsstreitigkeiten im Falle von Betriebsänderungen, BB 1955 S. 193

Hörnig

Die betriebsbedingte Kündigung, RdA 1955 S. 132

Huber

Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I und II, 2. Aufl., Tübingen 1954

Hueck

Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4. Aufl., München—Berlin 1961

Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, SJZ 1947, Spalte 609

Das Bundeskündigungsschutzgesetz, RdA 1951 S. 281

Die Entlassung von Betriebsratsmitgliedern, BB 1952 S. 467

Erweiterung des Mitbestimmungsrechts durch Tarifvertrag, BB 1952 S. 925

Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Festschrift für Apelt „Staat und Bürger“, 1958

Anmerkung zu BAG, AP Nr. 1 zu § 615 BGB (Betriebsrisiko)

Anmerkung zu BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB

Anmerkung zu BAG, AP Nr. 1 zu § 23 BetrVerfG

Hueck — Nipperdey

Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl.,
Bd. I bearb. von Hueck,
Bd. II bearb. von Nipperdey,
Berlin—Frankfurt am Main, 1959

Hueck — Nipperdey — Dietz

Kommentar zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und Gesetz
zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben,
4. Aufl., München—Berlin, 1943

Jacobi

Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927
Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriff, Festschrift der Leipziger
Juristenfakultät für Victor Ehrenberg, Leipzig, 1927

Joachim

Umfang und Grenzen der gerichtlichen Nachprüfung betriebsbedingter
Kündigungen, BB 1954 S. 1114

Kaskel

Arbeitsrecht, 2. Aufl., Berlin, 1925 und 3. Aufl., Berlin 1928

Kaskel — Dersch

Arbeitsrecht, 4. Aufl., Berlin 1932 und 5. Aufl., Berlin—Göttingen—
Heidelberg 1957

Kauffmann

Grenzfragen der Anwendung des neuen Bundeskündigungsschutzge-
setzes, Betr. 1951 S. 1012
Grenzen der Nachprüfung „dringender betrieblicher Erfordernisse“
seitens des Arbeitsgerichts beim Kündigungsschutzverfahren, NJW 1953
S. 1147 ff

Kaufmann — Zinkeisen

Steht die Versetzungsmöglichkeit im öffentlichen Dienst einer auf
dringende betriebliche Erfordernisse gestützten Kündigung entgegen?
RdA 1954 S. 375

Kiefer

Unbillige Härte und Betriebsbedingtheit, Schriftenreihe des Instituts
für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, Heft 44 (1941)

Köhler

Die Ausübung von Betriebsführerfunktionen durch andere Personen als
den Unternehmer, rechtswissenschaftliche Diss. Bonn 1936

Koenigs

Grundsatzfragen der betrieblichen Mitbestimmung, Hamburger Rechtsstudien, Heft 43 (1954)

Köttgen

Bestandsschutz und Verschuldensprinzip im Kündigungsschutzgesetz, BB 1955 S. 804

Kreller

Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, AcP 123. Bd. S. 263

Kretzschmar

Mitbestimmung bei der Verlegung von Betrieben, BB 1954 S. 32

Krönig

Führer und Unternehmer, DAR 1935 S. 64

Kronstein

Die abhängige juristische Person, München—Berlin—Leipzig, 1931

Krüger, Hildegard

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Kündigungsschutzgesetz, NJW 1955 S. 1049

Anmerkung zu LAG Düsseldorf, AP Nr. 9 zu §1 KSchG

Kunkel

Kündigungsauswahl in der Praxis, BB 1952 S. 379

Zur Theorie und Praxis des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes,
Teil I — NJW 1953 S. 447,
Teil II — NJW 1953 S. 927

Landmann — Rohmer

Kommentar zur Gewerbeordnung, Bd. II, 11. Aufl., bearb. von Eyer-
mann und Fröhler, Berlin, 1956

Langen

Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., Neuwied a.Rh. — Berlin/
Spandau — Darmstadt, 1958

Mansfeld

Unbillige Härte, insbesondere Bedeutung der Klausel „durch die Ver-
hältnisse des Betriebes bedingt.“ NZfA 1930 S. 289

Die Ordnung der nationalen Arbeit, Berlin 1941

Mansfeld — Pohle — Steinmann — Krause

Kommentar zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Berlin—
Leipzig—München—Mannheim, 1934

Maus

Handbuch des Arbeitsrechts, VIII. Teil, Arbeits- und Betriebsver-
fassungsgesetz, Lieferung 26, August 1957

Das Recht des Arbeitsvertrages, Minden 1947

Das Arbeitsverhältnis, 1948

Meissinger

Begriffserklärung zum Mitbestimmungsrecht, RdA 1950 S. 41

Melsbach

Deutsches Arbeitsrecht, Berlin—Leipzig, 1923

Willkürliche Kündigungen des Arbeitsvertrages, Soz.Prax. 1910 Sp. 1234

Mestmäcker

Preis- und Produktionsregelungen im Rahmen von Rationalisierungs-
kartellen, JZ 1953 S. 329

Mohr

Zur arbeitsrechtlichen Praxis in der sowjetischen Zone, DRZ 1947 S. 372

Molitor

Deutsches Arbeitsrecht, Leipzig, 1938

Die sozialwidrige Kündigung in der Rechtsprechung, BB 1953 S. 34

Die Kündigung, 2. Aufl., Mannheim, 1951

Wirtschaftliches Mitbestimmungsrecht, Betr. 1950 S. 25

Monjau

Die Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen, Betr. 1952,
S. 118

Sozial ungerechtfertigte, sittenwidrige und gegen Treu und Glauben
verstoßende Kündigung, Betr. 1951, S. 742

Müller, Gerhard

Der allgemeine Kündigungsschutz in der neuen Ländergesetzgebung
unter besonderer Berücksichtigung des Hessischen Betriebsrätegesetzes,
BB 1948 S. 534

Das Problem des allgemeinen Kündigungsschutzes in der Recht-
sprechung der Arbeitsgerichte, DRZ 1948 S. 122

Das Einzelarbeitsverhältnis und die Aufgaben der Mitbestimmung, BB
1957 S. 409

Müller — Gries

Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt, 1958

Müller — Henneberg — Schwarz

Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Gemeinschaftskommentar) Köln — Berlin, 1958

Neumann — Duesberg

Das Mitbestimmungsrecht, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 1. Halbband, 1958, S. 373

Betriebsverfassungsrecht, Berlin, 1960

Anmerkung zu BAG, AP Nr. 2 zu § 72 BetrVerfG

Nikisch

Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I und II, 3. / 2. Aufl., Tübingen, 1961/1959

Zur Kritik an der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, ArbGeb 1931, S. 61

Die Beschränkung des Direktionsrechts des Arbeitgebers durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, BB 1950 S. 463

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers und seine Grenzen, BB 1950 S. 538

Die unwirksame Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz, BB 1951 S. 646

Streik und Arbeitnehmer, BB 1952 S. 721

Probleme des Kündigungsschutzrechts,

Teil I — Betr. 1956 S. 1108

Teil II — Betr. 1956 S. 1133

Nipperdey

Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954 S. 225 = Schriftenreihe der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Heft 9 (1953)

Anmerkung zu LAG Augsburg, BenschS. Bd. 18 LAG S. 60

Nipperdey — Mohnen — Neumann

Der Dienstvertrag, Berlin, 1958

Oppikofer

Das Unternehmensrecht, ZfdgHR 1928 S. 540

Osthold

Der Mangelberuf und die durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingte Kündigung, Betr. 1956 S. 112

Petzold

Wesen, Möglichkeiten und Grenzen der Rationalisierung, Diss. Hamburg, 1932

Potthoff

Probleme des Arbeitsrechts, Jena, 1912

Rappenecker

Die Unternehmerentscheidung im Kündigungsschutzprozeß, BB 1958 S. 47

Reinhardt

Die gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen,

Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages, B S. 21 ff

Reuß

Das Verhältnis zwischen dem nach § 3 Abs. 3 AOG ernannten Führer des Betriebs und dem Unternehmer, DAR 1935 S. 221

Der sogenannte „Käuferstreik“, AcP Bd. 156 S. 89 ff

Reuß — Jantz

Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 10 (1960)

Ritzmann

Das Kündigungsschutzgesetz und die Weitergeltung des § 242 BGB, RdA 1953 S. 14

Rohlfing

Kündigungsschutzgesetz, Frankfurt, 1951

Die gerichtliche Nachprüfung wirtschaftlicher Maßnahmen des Arbeitgebers, Betr. 1953 S. 314 ff

Rohlfing — Kiskat — Wolff

Kommentar zur Gewerbeordnung, Berlin—Frankfurt/M. 1961

Roos

Wege und Ziele der Rationalisierung, Dortmund 1955

Schieke

Der Unternehmerbegriff in der gesetzlichen Unfallversicherung bei juristischen Personen, NJW 1961 S. 2148

Schilling

Kündigung und Bestandsschutz, Diss. Heidelberg, 1939

Schlessmann

Schranken der Mitbestimmung, Betr. 1952 S. 1088

Schmidt, Karl

Betriebsrationalisierung und Kündigungsschutz, RdA 1954 S. 170

Schneider, Hellmuth

Neues zur Lehre vom Betriebsinhaberwechsel, Arb. u. R. 1959 S. 161

Schnorr v. Carolsfeld

Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen, 1954

Siebert, Wolfgang

Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen Treu und Glauben, BB 1952 S. 522

Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Arbeitnehmers nach dem Betriebsverfassungsgesetz, BB 1952 S. 832

Treu und Glauben, Erläuterungen zu § 242 BGB, Sonderdruck aus Soergel — Siebert, Kommentar zum BGB, 9. Aufl., Stuttgart 1959

Treu und Glauben im Kündigungsschutzrecht, BB 1960 S. 1029

Vogt

Zum Begriff der „ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit“, BB 1956 S. 821

Weber, Robert

Neuregelungen des Kündigungsschutzes, (Westzonen), BB 1949 S. 666

Weber, Wilhelm

Erläuterungen zu § 242 BGB in Staudinger, Kommentar zum BGB, Bd. II, Teil 1 b, 11. Aufl. Berlin 1961

Wieacker

Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 193/194, Tübingen 1956

Wiedemann

Subjektives Recht und sozialer Besitzstand nach dem Kündigungsschutzgesetz, RdA 1961 S. 1

Wünnenberg

Die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der betriebsbedingten Kündigung,

Teil I — Betr. 1956 S. 645

Teil II — Betr. 1956 S. 665

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGG	siehe ArbGG
AktG	Aktiengesetz vom 30. 1. 1937 (RGBl I S. 107)
AN	Arbeitnehmer
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934 (RGBl I S. 45)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis. Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte (1950 — 1954) dann: Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts. Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. 9. 1953 (BGBl. I S. 1267)
ArbRPrax	Arbeitsrechts-Praxis. Zeitschrift des Arbeitsrechts, Sozialversicherung und soziale Verwaltung (1928 — 1933)
ArbuR	Arbeit und Recht. Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis (1953 ff)
Art.	Artikel
Auflg.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz	Bundesanzeiger (1949 ff)
BB	Der Betriebs-Berater (1946 ff)
Bd	Band
bearb.	bearbeitet
BenshS	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, verlegt bei Bensheimer
Betr	Der Betrieb (1948 ff)
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz vom 11. 10. 1952 (BGBl. I S. 681)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BRG	Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920 (RGBl. S. 147)

BT	Bundestag
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (1946—1950) dann mit der Süd- deutschen Juristenzeitung vereinigt zu: Juristenzeitung
Drucks.	Drucksache
Einl.	Einleitung
Entw.	Entwurf
ff	folgende
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949(BGBl. S. 1)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. 7. 1957 (BGBl. I S. 1081)
h. M.	herrschende Meinung
i. S. v.	im Sinne von
i. Verb. m.	in Verbindung mit
JW	Juristische Wochenschrift (Bis 1939)
JZ	Juristenzeitung (1951 ff)
Kom.	Kommentar
KSchG	Kündigungsschutzgesetz vom 10. 8. 1951 (BGBl. I S. 499)
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	litera (Buchstabe)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (1947 ff)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (1947/48 ff)
Nr.	Nummer
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (1921 — 1933)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (1948 ff)
RegEntw	Regierungsentwurf
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RG Z	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (1946-1950) dann: Juristenzeitung

SozPrax	Soziale Praxis
Sp.	Spalte
vergl.	vergleiche
VOBl.	Verordnungsblatt
WA	Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung (1948 ff)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZfdgHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ab 1907) und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt
Ziff.	Ziffer
zust.	zustimmend

Einleitung

Unsere Wirtschafts- und Sozialordnung ist in weit größerem Maße als je zuvor pluralistisch ausgerichtet. Unternehmer, Gewerkschaften und andere Verbände sind institutionalisiert und in ihrem Bestand geschützt worden. Die Jurisprudenz steht dadurch immer wieder vor der Aufgabe, einerseits diese verschiedenen Machtfaktoren in ihrer nach der Rechtsordnung ihnen zukommenden Funktion zu schützen, andererseits sicherzustellen, daß dieser Bereich weder überschritten, noch in einer Weise ausgenutzt wird, die entweder andere konkurrierende Verbände in ihrer Funktionsfähigkeit lähmt oder dem Individuum Opfer auferlegt, die über die Reflexwirkungen der Aufgabenerfüllung des jeweiligen Machthabers hinausgehen.

Aufgabe des Rechts und der Gerichte ist es daher, Inhalt und Grenzen wirtschaftlicher und sozialer Macht herauszuarbeiten und zu sichern. Dabei setzt die Entscheidung eines Konfliktes zwischen zwei Machtfaktoren unserer Wirtschafts- und Sozialordnung eine Besinnung auf die rechtlich geschützten Funktionen der widerstreitenden Interessen voraus.

Das Anliegen der vorliegenden Arbeit ist es, diese Fragen für den Widerstreit zwischen unternehmerischer Tätigkeit und Arbeitsplatzschutz im Rahmen der §§ 72 ff BetrVerfG und 1 KSchG zu untersuchen; ein Problem, das gemeinhin mit dem Schlagwort „Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen“ gekennzeichnet wird.

Die institutionelle Garantie des Unternehmers beruht auf zwei Grundrechten unserer Verfassungsordnung, der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG und dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des Art. 2 GG. Das Arbeitsrecht sieht den Unternehmer — dort wo es diesen Begriff verwendet — überwiegend unter dem Blickwinkel seiner Haftungsfunktion für den Betrieb oder das Unternehmen.

Bereits dieses, den Unternehmer allein treffende wirtschaftliche Risiko setzt einer in die Risikosphäre des Unternehmers eingreifenden Mitbestimmung des Betriebsrats sowie dem Arbeitsplatzschutz des Kündigungsschutzgesetzes Grenzen. Darüberhinaus erwachsen solche Grenzen aber auch aus der institutionellen Funktion des Unternehmers in unserer Wirtschaftsordnung. Dem Unternehmer fällt die Aufgabe zu, dem Druck des nationalen und internationalen Wettbewerbs zu widerstehen und durch immer neue technische Entwicklungen einen führenden Beitrag zum Fortschritt unserer Volkswirtschaft zu erbringen.

Aus dieser Aufgabenstellung ergibt sich zugleich, daß der Unternehmer den von der Wirtschafts- und Sozialordnung ihm zugewiesenen Bereich verläßt, wenn er Maßnahmen trifft, die sich nicht auf Grund der betrieblichen und unternehmerischen Ziele rechtfertigen.

Um festzustellen, ob der Unternehmer sich im Rahmen dieser Grenzen hält, müssen die Gerichte aber in gewissem Umfang die Entscheidungen des Unternehmers nachprüfen.

Zulässigkeit, Ausmaß und rechtliche Folgen einer solchen Nachprüfung der Unternehmerentscheidung, vornehmlich die Nachprüfung und Nachprüfbarkeit der Unternehmerentscheidung unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit im Rahmen des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz sowie im Rahmen des Kündigungsschutzes des Kündigungsschutzgesetzes zu untersuchen, hat sich die vorliegende Arbeit zur Aufgabe gemacht.

Erster Teil

Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen im Rahmen der wirtschaftlichen Mitbestimmung des Betriebsrats (§§ 72 - 75 BetrVerfG)

Das Betriebsverfassungsgesetz hat die Ausübung des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts in die Hände des Betriebsrats¹⁾ oder gegebenenfalls in die Hände der Einigungsstelle gelegt²⁾. Eine Anrufung der Gerichte in Arbeitssachen ist nur in zwei Fällen vorgesehen. Einmal, wenn ein Streit zwischen Betriebsrat und Unternehmer darüber besteht, ob überhaupt ein Tatbestand des Mitbestimmungsrechts vorliegt³⁾, zum anderen, wenn bei einem Abweichen des Unternehmers von der Einigung oder dem Einigungsvorschlag dadurch gekündigte Arbeitnehmer einen Abfindungsanspruch nach § 74 BetrVerfG geltend machen⁴⁾.

Handelt es sich um einen Streit über die Zuständigkeit des Betriebsrats, so hat das Gericht darüber zu befinden, ob die von dem Unternehmer geplante Maßnahme eine Betriebsänderung darstellt⁵⁾, die für die Belegschaft oder einen erheblichen Teil der Belegschaft wesentliche Nachteile erwarten läßt⁶⁾. In den Fällen des § 72 Abs. 1 Satz 2 lit. d und e BetrVerfG entscheidet das Gericht zudem noch darüber, ob die Änderung des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen auf einer offensichtlichen Veränderung der Marktlage beruht oder ob die Einführung einer neuen Arbeitsmethode offensichtlich dem technischen Fortschritt entspricht oder zu dienen bestimmt ist. Eine Prüfung der Zweckmäßigkeit oder gar der Notwendigkeit der geplanten Betriebsänderung findet nicht statt⁷⁾.

Eine solche Prüfung könnte jedoch den Gerichten im Rahmen des § 74 BetrVerfG obliegen.

Der Abfindungsanspruch, den § 74 BetrVerfG dem gekündigten Arbeitnehmer zuerkennt, entfällt dann, wenn der Unternehmer aus z w i n g e n d e n G r ü n d e n von dem Einigungsvorschlag der Einigungsstelle oder der Einigung mit dem Betriebsrat abgewichen ist. Der Einwand des Unternehmers, er habe aus einem zwingenden Grund die abweichende Handlung oder Unterlassung vorgenommen, könnte daher die Gerichte dazu zwingen, Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit der abweichenden Unternehmermaßnahme nachzuprüfen.

Eine Beantwortung dieser Frage setzt eine Untersuchung des dem Betriebsrat oder der Einigungsstelle in den §§ 72 - 73 BetrVG gewährten wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts voraus. Indem dieses nämlich über-

¹⁾ vergl. § 72 Abs. 1 Satz 1 BetrVerfG

²⁾ vergl. § 73 BetrVerfG

³⁾ vergl. § 82 Abs. 1 lit. 1 BetrVerfG i. Verb. m. § 2 Abs. 1 Ziff. 4 lit. . ArbGG

⁴⁾ vergl. § 74 BetrVerfG

⁵⁾ vergl. § 72 Abs. 1 Satz 2 BetrVerfG

⁶⁾ vergl. § 72 Abs. 1 Satz 1 BetrVerfG

⁷⁾ Die Änderung des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen bei offensichtlicher Veränderung der Marktlage und die Einführung offensichtlich dem technischen Fortschritt entsprechender Arbeitsmethoden wird zwar in der Regel zweckmäßig sein, das Schergewicht der gerichtlichen Nachprüfung liegt hier aber nicht.

haupt erst die zivilrechtliche Haftung des Unternehmers begründet¹⁾, sind Umfang und Grenzen der wirtschaftlichen Mitbestimmung zugleich richtungsweisend für eine Inhaltsbestimmung und Grenzziehung der gerichtlichen Nachprüfbarkeit eines abweichenden Unternehmerhandelns.

I. Die Entwicklung des Rechts auf wirtschaftliche Mitbestimmung

Das Betriebsverfassungsgesetz vom 11. 10. 1952²⁾ regelt in den §§ 72 - 75 das sogenannte wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Weder das Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920³⁾ noch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934⁴⁾ enthielten eine ähnliche Regelung. § 74 BRG gab dem Betriebsrat zwar das Recht auf Mitwirkung bei größeren Personaländerungen, dieses Recht beschränkte sich jedoch auf personelle Fragen. Ein Mitspracherecht in wirtschaftlichen Angelegenheiten wurde dadurch dem Betriebsrat nicht gegeben.

Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit hatte die Vorschrift des § 74 BRG auch ihrem Inhalt nach nicht übernommen. Eine derartige Regelung hätte auch zu dem durch dieses Gesetz auch im Betriebsverfassungsrecht durchgeführten Führerprinzip in Widerspruch gestanden.

Durch das Kontrollratsgesetz Nr. 40 wurde nach dem Zusammenbruch 1945 das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit aufgehoben. An seine Stelle trat zunächst das am 10. 4. 1946 erlassene Kontrollratsgesetz Nr. 22⁵⁾, das jedoch nur Generalvorschriften für die Bildung, die Aufgaben und den Schutz der Betriebsräte enthielt. In der Folgezeit erließen daher die meisten Länder Gesetze, die die Betriebsverfassung regelten⁶⁾. Dadurch trat eine erhebliche Rechtszersplitterung ein, die erst durch das am 14. 11. 1952 in Kraft getretene Betriebsverfassungsgesetz⁷⁾ beseitigt wurde.

Bei der Schaffung des Gesetzes war die umstrittenste Frage Art und Umfang der wirtschaftlichen Mitbestimmung des Betriebsrats. So hatten sich die Vertreter der Arbeitgeberverbände und der Gewerkschaften im Verlaufe der Hattenheimer Gespräche⁸⁾ zwar grundsätzlich über ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auf personellem und sozialem Gebiet einigen können, im Bereich des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts kam jedoch — vornehmlich über dessen Umfang — eine Einigung nicht zustande.

¹⁾ vergl. § 74 BetrVerfG i. Verb. m. §§ 72 und 73 BetrVerfG

²⁾ BGBl. I S. 681

³⁾ RGBl. S. 147

⁴⁾ RGBl. I S. 45

⁵⁾ Abl. Nr. 6 S. 133

⁶⁾ vergl. dazu auch unten S. 58 Fußnote 4

⁷⁾ BGBl. I S. 681

⁸⁾ vom 9. bis 13. 1. 1950 und vom 30. bis 31. 3. 1950 fanden in Hattenheim Gespräche zwischen den Sozialpartnern statt.

Im wesentlichen geht das Betriebsverfassungsgesetz in seiner heutigen Fassung auf drei Entwürfe zurück, und zwar auf den Entwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes der CDU/CSU Fraktion vom 17. 5. 1950¹⁾, den Entwurf der Fraktion der SPD vom 25. 7. 1950²⁾ und den Regierungsentwurf vom 31. 10. 1950³⁾. Der auf Grund dieser Vorlagen erarbeitete Gesetzesentwurf der Ausschüsse des Bundestages⁴⁾ wurde dann mit geringfügigen Änderungen vom Bundestag am 17. 2. 1952 in zweiter Lesung und am 19. 7. 1952 in dritter Lesung verabschiedet.

Ein Vergleich der Regelungen des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts der einzelnen Entwürfe mit der dann Gesetz gewordenen Fassung ist für die vorliegende Untersuchung interessant und aufschlußreich.

§ 45 des Entwurfs der CDU/CSU Fraktion⁵⁾ entsprach im wesentlichen bereits der heutigen Regelung des § 72 BetrVerfG.

§ 45 lautete:

Bei geplanten Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder Gruppen der Belegschaft zur Folge haben können, kann der Betriebsrat die Vermittlung und Entscheidung des nach § 34 bestimmten Schiedsmannes oder Schiedsausschusses anrufen, um einen Interessenausgleich herbeizuführen. Als Betriebsänderungen gelten:

1. Einschränkung und Stillegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen;
2. Verlegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen;
3. Zusammenschluß mit anderen Betrieben;
4. Grundlegende Änderung des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen;
5. Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden.

Hinsichtlich der Wirkungen des Schiedsspruchs bestimmte § 48 Abs. 4 des CDU/CSU Entwurfs⁶⁾:

Der Schiedsspruch hat unter den Parteien dieselben Wirkungen wie ein rechtskräftiges Urteil des Arbeitsgerichts.

In der Begründung wird ausgeführt:

„In wirtschaftlichen Angelegenheiten des Betriebes stehen die Verantwortung und die Initiative des Unternehmers im Vordergrund. Sie sollen und können im allgemeinen Interesse nicht beeinträchtigt werden. Dem berechtigten Interesse der Arbeitnehmer auf Sicherung ihrer Existenz bei Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für sie zur Folge haben, dient — außer den Kündigungsschutzgesetzen — das Recht des Betriebsrats,

¹⁾ DruckS d. BT Nr. 970

²⁾ DruckS d. BT Nr. 1129

³⁾ DruckS d. BT Nr. 1546

⁴⁾ DruckS d. BT Nr. 3585; der Entwurf wurde durch den Ausschuß für Arbeit des Bundestages unter Hinzuziehung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik beraten.

⁵⁾ DruckS d. BT Nr. 970

⁶⁾ DruckS d. BT Nr. 970

in solchen Fällen die Vermittlung einer Schiedsstelle und in Fragen von erheblicher Bedeutung die Vermittlung des Wirtschaftsministeriums anzurufen¹⁾.“

Der Entwurf der SPD Fraktion²⁾, der von einer völlig anderen Konzeption ausging, brachte jedoch auch in seinem § 13 eine § 72 BetrVerfG verwandte Regelung. § 13 Abs. 1 des Entwurfs der SPD Fraktion lautete:

Der Wirtschaftsausschuß in Unternehmungen nach § 11 Abs. 1, soweit diese in der Regel mindestens 100 Arbeitnehmer beschäftigten, wirkt insbesondere mit bei Maßnahmen oder Beschlüssen in nachfolgenden Angelegenheiten:

- a) Änderung des Unternehmensgegenstandes, gleichviel ob eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung erfolgt,
- b) Änderung des Betriebszwecks,
- c) wesentliche Änderungen des Betriebsumfanges,
- d) Verlegung des Betriebes oder von Betriebsteilen,
- e) Verschmelzung mit oder Angliederung an andere Unternehmen oder Betriebe, gleichviel ob hiermit eine Änderung der gesellschaftlichen Struktur des betroffenen Unternehmens oder Betriebes verbunden ist oder nicht.

Der Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes³⁾ lehnte sich stark an den Entwurf der CDU/CSU Fraktion⁴⁾ an, zumindest soweit er in seinem § 75 als wirtschaftliche Angelegenheiten

- a) Änderungen des Betriebszwecks und grundlegende Änderungen der Betriebsanlagen,
- b) wesentliche Einschränkungen des Betriebsumfanges,
- c) Betriebsverschmelzungen,
- d) das Arbeits- und Produktionsprogramm

ansieht. Andererseits rückt der Regierungsentwurf von dem Vorschlag, dem Schiedsspruch die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils zu geben⁵⁾, ab, versucht vielmehr das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats dadurch zu sichern, daß er bestimmte, daß der Unternehmer bei einem abweichenden Verhalten⁶⁾, das Entlassungen notwendig mache, sich nicht darauf berufen könne, „daß solche Entlassungen durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sind⁷⁾.“

¹⁾ DruckS d. BT Nr. 970 S. 17

²⁾ DruckS d. BT Nr. 1129

³⁾ DruckS d. BT Nr. 1546

⁴⁾ DruckS d. BT Nr. 970 S. 17

⁵⁾ so der Entwurf der CDU/CSU Fraktion DruckS d. BT Nr. 970 v. 17. 5. 1950 in § 48 Abs. 4

⁶⁾ „einem betriebsschädigenden Verhalten“ i.S. des § 80 Abs. 1 des Regierungsentwurfs.

⁷⁾ vergl. § 81 des Regierungsentwurfs

II. Die Voraussetzungen des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats (§ 72 Abs. 1 BetrVerfG)

Das in § 72 BetrVerfG normierte wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hängt von drei Voraussetzungen ab, von denen eine formeller Natur — der Betrieb muß in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigen — die beiden anderen — das Vorliegen einer Betriebsänderung und das Drohen von Nachteilen für die Belegschaft — materieller Natur sind. Die beiden zuletzt genannten Voraussetzungen interessieren hier.

1. Die Betriebsänderung

Während § 72 Abs. 1 Satz 1 BetrVerfG dem Betriebsrat bei geplanten Betriebsänderungen schlechthin ein Mitbestimmungsrecht einräumt, bringt § 72 Abs. 1 Satz 2 BetrVerfG eine Aufzählung der Sachverhalte, die „als Betriebsänderungen i.S. des Satzes 1 gelten“.

Im einzelnen handelt es sich um folgende Tatbestände:

a) Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen¹⁾.

Im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts²⁾ wird unter einer Einschränkung des Betriebes oder einzelner Betriebsteile eine durch die Stilllegung einzelner Maschinen oder durch andere Maßnahmen bewirkte Minderung der Gesamtkapazität des Betriebes oder eines Betriebsteils verstanden³⁾. Eine Verminderung der Ausnutzung der Betriebsanlagen — etwa durch einen Übergang von Tag- und Nachtarbeit zur alleinigen Tagarbeit oder die Einführung von Kurzarbeit — wird nicht unter den Begriff „Einschränkung“ subsumiert⁴⁾. Dies deshalb nicht, weil unter Betrieb i.S. des § 72 BetrVerfG nur die Zusammenfassung von Sachwerten verstanden wird, nicht aber auch der Einsatz menschlicher Arbeit, etwa i.S. von Betriebsgemeinschaft⁵⁾.

¹⁾ § 72 Abs. 1 lit. a BetrVerfG

²⁾ vergl. RAG in Bensch 6 / 441; 10 / 118; 11 / 472

³⁾ vergl. statt aller Fitting-Kraegeloh, Kom z. BetrVerfG § 72 Anm. 11

⁴⁾ Nipperdey in Hueck-Nipperdey II S. 873; Dietz, Kom z. BetrVerfG § 72 Anm. 20

⁵⁾ vergl. zum Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes Dietz, Kom z. BetrVerfG § 1 Anm. 31-35/36; Hueck in Hueck-Nipperdey I S. 81; Nikisch, Lehrb. I S. 148 Fitting-Kraegeloh, Kom z. BetrVerfG Anm. 2 zu § 3; BAG, AP Nr. 1 zu § 88 BetrVerfG; zur früheren Gleichsetzung von Betrieb und Betriebsgemeinschaft vergl. Dietz a.a.O. § 1 Anm. 38 und die dort zitierten Entscheidungen RGZ. 113 / 89; 106 / 272 (275); RAG Bensch 6 / 411 (414); 17 / 409; die von Dietz angeführten Entscheidungen lassen jedoch nicht den Schluß zu, das RG und das RAG hätten grundsätzlich Betrieb und Betriebsgemeinschaft gleichgesetzt. Die angeführten Entscheidungen beziehen sich nämlich auf die Frage der Verteilung des Betriebsrisikos, haben daher einen ganz anderen Fall zum Gegenstand. Vergl. dazu auch Flatow-Kahn-Freund, Kom z. BRG zu § 85 Anm. B (S. 468)

Eine Stilllegung von Betriebsteilen oder des ganzen Betriebs liegt dann vor, wenn der Unternehmer den Betriebszweck endgültig aufgibt¹⁾).

Schwierigkeiten der Abgrenzung können im Einzelfall entstehen, wenn die Betriebsstilllegung aus Gründen erfolgt, die jederzeit oder sogar in naher Zukunft entfallen können, und der Unternehmer für diesen Fall die Produktion wieder aufnehmen will. Zu denken ist etwa an Auftrags- oder Rohstoffmangel; Konkurs oder Produktionseinstellung eines Automobilwerkes können für den Vertragshändler ein Grund zur Stilllegung sein, selbst wenn er hofft, daß das Werk die Produktion später wieder aufnehmen wird. Voraussetzung ist nur, daß zur Zeit der Stilllegung der Zeitpunkt der Wiederaufnahme des Betriebes nicht feststeht und auch in einer absehbaren, wirtschaftlich nicht gerade unbedeutenden Zeitspanne eine Wiederaufnahme nicht zu erwarten ist²⁾).

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so handelt es sich lediglich um eine Produktionsunterbrechung oder Betriebspause.

Während bei der Stilllegung aus wirtschaftlichen Gründen in der Regel der Wille zur späteren Wiederaufnahme des Betriebes anzunehmen ist, zumal wenn die Betriebsanlagen nicht ebenfalls aufgelöst werden, so ist andererseits auch die Betriebsstilllegung aus jedem anderen Grund — z. B. Tod des Betriebsinhabers — möglich. Auf das Motiv oder die Gründe, die zur Stilllegung eines Betriebes führen, kommt es bei der Beurteilung, ob eine Stilllegung vorliegt, nicht an.

In der Regel wird jedoch in diesen Fällen ein Verkauf des Betriebes stattfinden, so daß es zu einer Stilllegung nicht kommt³⁾).

Das Vorliegen einer Betriebsstilllegung wird auch in den Fällen angenommen, in denen der Unternehmer infolge einer Änderung des Betriebszwecks einen bestehenden Betrieb auflöst und an seiner Stelle einen völlig neuen Betrieb mit einer neuen Betriebsorganisation aufbaut⁴⁾).

¹⁾ BAG AP Nr. 8 zu § 13 KSchG; Herschel-Steinmann, Kom. z. KSchG § 13 Anm. 12; Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 36; Hueck in Hueck-Nipperdey I S. 625; Nipperdey in Hueck-Nipperdey II S. 873; Nikisch, Lehrb. S. 530 ff; aus der früheren Rechtsprechung und Literatur vergl. Flatow-Kahn = Freund, Kom. z. BRG § 85 Anm. B (S. 466) mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung (S. 468)

²⁾ Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 15; BAG AP Nr. 8 zu § 13 KSchG = NJW 1957 S. 1765

³⁾ nach heute überwiegender Meinung tritt der Erwerber eines Betriebes stillschweigend in die bestehenden Arbeitsverhältnisse ein, vergl. Galperin-Siebert, Kom. z. BetrVerfG § 1 Anm. 55; Galperin, RdA 1955 S. 187; Denecke, BB 1950 S. 679;

Schnorr v. Carolssfeld, Arbeitsrecht S. 199 BAG, AP Nr. 1 zu § 613 BGB, Nr. 2 zu § 419 BGB; LAG Hamm AP 50 Nr. 247; LAG Heidelberg AP 50 Nr. 300; LAG Kiel, AP 51 Nr. 153; LAG Bremen, AP 51 Nr. 110/111. AP 52 Nr. 50 LAG Düsseldorf Betr. 1954 S. 236; LAG Frankfurt/Main, AP 51 Nr. 259; für ein Übergehen des Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes auf den Erwerber des Betriebes: Dietz, Anm. zu LAG Bremen, AP Nr. 52 Nr. 50; Nikisch, Lehrb. I S. 543 ders. Anm. zu LAG Hamm, AP 50 Nr. 247; Molitor, Anm. zu LAG Bremen, AP 51 Nr. 110/111; Brecher in Festschrift für Schmidt — Rimpler S. 234; Hörnig, RdA 1955 S. 134, ders. Arb.u.R. 1955 S. 135; einschränkend Böttcher, Festschrift für Nikisch S. 3 und Schneider, Arb.u.R. 1959 S. 161

⁴⁾ Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 14; LAG Bremen, AP 51 Nr. 40; Betr. 1950 S. 132; vergl. auch RAG BEnsHS 26 / 52

b) Verlegung des gesamten Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen¹⁾.

Hierunter wird eine örtlich nicht unbedeutende Verlegung des Standorts eines Betriebes verstanden. Nach einer Meinung²⁾ ist es dabei nicht entscheidend, ob die Verlegung gleichzeitig zur Stilllegung des alten Betriebes und dem Aufbau eines neuen Betriebes führt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird jedoch davon auszugehen sein, daß ein Standortwechsel, der zur Stilllegung führt, nicht als „Verlegung“ im Sinne des § 72 Abs. 1 lit. b BetrVerfG anzusehen ist. Der Begriff der Verlegung eines Betriebes setzt die Erhaltung und Fortführung des alten Betriebes voraus, andernfalls findet keine Verlegung, sondern eine Stilllegung statt. Eine Betriebsverlegung liegt daher dann und nur dann vor, wenn die Identität des Betriebes durch den Standortwechsel gewahrt bleibt³⁾.

Das gleiche gilt für die Verlegung eines wesentlichen Teiles des Betriebes.

c) Zusammenschluß mit anderen Betrieben⁴⁾.

In der Literatur wird das Vorliegen einer Betriebszusammenlegung nur dann angenommen, wenn durch diese die Organisation eine Umgestaltung erfährt, durch die die Arbeitsbedingungen der einzelnen Arbeitnehmer verändert werden⁵⁾. Die bloße Schaffung einer einheitlichen Leitung wird daher noch nicht als eine Betriebszusammenlegung angesehen⁶⁾.

Durch diese Abgrenzung wird in den Begriff „Zusammenschluß mit anderen Betrieben“ das Moment des Eingriffs in die Arbeitsorganisation des Betriebes hineingetragen, das, solange es nur um die Frage geht, ob eine Betriebsänderung vorliegt oder nicht, zur Abgrenzung nicht herangezogen werden kann. Betrachtet man den Zusammenschluß von Betrieben allein unter dem Gesichtspunkt der Betriebsänderung, so liegt in jedem Tatbestand, der mindestens zwei Betriebe unter Aufgabe ihrer Eigenständigkeit zu einem Betrieb zusammenschließt, eine Betriebsänderung. Damit ist aber nur das Vorliegen einer Voraussetzung des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts bejaht, die „Betriebsänderung“. Führt die Zusammenlegung der Betriebe nicht zu einem Eingriff in die Arbeitsorganisation, so wird damit zwar einerseits immer noch eine Betriebsänderung vorliegen, andererseits es jedoch daran, daß für die Belegschaft Nachteile durch die Betriebsänderung entstehen können, fehlen. Dieser Mangel kann aber nicht dazu führen, nun auch deshalb bereits das Vorliegen einer „Betriebsänderung“

¹⁾ § 72 Abs. 1 lit. b BetrVerfG

²⁾ Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 22

³⁾ Nipperdey in Hueck-Nipperdey II S. 874; RAG BensHS 11 / 223; 26 / 297

⁴⁾ § 72 Abs. 1 lit. c BetrVerfG

⁵⁾ vergl. statt aller Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 27

⁶⁾ vergl. statt aller Dietz Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 27

zu verneinen. Die bloße Umgestaltung der Leitung eines Betriebes kann daher ebenfalls als Betriebszusammenlegung i. S. von § 72 Abs. 1 lit. c BetrVerfG angesehen werden.

Nicht unter den Begriff der Betriebszusammenlegung fallen Zusammenschlüsse auf der Ebene des Unternehmens¹⁾, es sei denn, daß diese eine Betriebszusammenlegung zur Folge hätten. Ist dies der Fall, so erstreckt sich das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nur auf die Betriebszusammenlegung, nicht aber auch auf den Unternehmenszusammenschluß²⁾.

d) Grundlegende Änderung des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen³⁾.

In der Regel ist ein Betrieb auf die Produktion eines bestimmten Gutes ausgerichtet, z. B. Motorrad-, Automobil-, Maschinenproduktion. Eine Änderung dieses Produktionszwecks liegt dann vor, wenn z. B. die Maschinenproduktion aufgegeben wird, und nunmehr Fertighäuser — um ein krasses Beispiel zu wählen — hergestellt werden.

Eine Änderung der Betriebsanlagen liegt immer dann vor, wenn die technische Ausgestaltung eines Betriebes eine grundlegende Neugestaltung erfährt; etwa durch die Anschaffung nicht nur neuer, sondern auch andersartiger Maschinen. Die laufende Ersetzung alter Maschinen durch neue rechnet daher noch nicht hierher⁴⁾.

Eine Änderung des Betriebszwecks muß mit der Änderung der Betriebsanlagen nicht verbunden sein. So stellt eine Umstellung einer Handweberei auf maschinelle Webstühle zwar eine Änderung der Betriebsanlagen dar, um eine Änderung des Betriebszwecks handelt es sich jedoch nicht.

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entfällt — selbst bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen — wenn die grundlegende Änderung des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen offensichtlich auf einer Veränderung der Marktlage beruhen⁵⁾.

e) Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden⁶⁾.

§ 72 Abs. 1 lit. e BetrVerfG will eine Mitbestimmung des Betriebsrats in den Fällen sicherstellen, in denen es um den Einsatz der menschlichen Arbeitskraft im Betrieb geht. Fließbandarbeit, Handarbeit oder Maschinenarbeit, generell Fragen des Arbeitsablaufs sind unter dem Begriff „Arbeitsmethoden“ zu verstehen⁷⁾.

¹⁾ h.M. vergl. Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 26

²⁾ Es kann natürlich nicht übersehen werden, daß trotz der scheinbar scharfen Trennung zwischen mitbestimmungsgebundener Betriebszusammenlegung und mitbestimmungsfreier Unternehmensfusion die betriebliche Mitbestimmung sich tatsächlich auch auf den Unternehmenszusammenschluß auswirkt, wenn dieser die Betriebszusammenlegung zum Ziele hat.

³⁾ § 72 Abs. 1 lit. d BetrVerfG

⁴⁾ vergl. statt aller Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 31

⁵⁾ § 72 Abs. 1 lit. d 2. Halbsatz BetrVerfG

⁶⁾ § 72 Abs. 1 lit. e BetrVerfG

⁷⁾ Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 34

Auch hier scheidet ein Mitbestimmungsrecht aus, wenn die neuen Arbeitsmethoden offensichtlich dem technischen Fortschritt entsprechen oder ihm dienen¹⁾).

Ob neben den in § 72 Abs. 1 BetrVerfG genannten „Betriebsänderungen“ auch andere wirtschaftliche Eingriffe in den Betrieb der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen und als „Betriebsänderungen“ anzusehen sind, die Aufzählung des § 72 Abs. 1 lit. a — e also nur beispielhaft ist, wird überwiegend verneint²⁾. Nach der h.M. ergibt sich die Annahme, die Aufzählung des § 72 Abs. 1 lit. a — e BetrVerfG sei erschöpfend, bereits aus dem Wortlaut des § 72 Abs. 1 Satz 2 BetrVerfG. Dieses Ergebnis wird noch durch das Argument gestützt, daß wegen der in § 74 BetrVerfG gegen eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts verhängten Sanktionen die Mitwirkungstatbestände festliegen müßten³⁾.

2. Die durch die Betriebsänderung für die Belegschaft zu erwartenden Nachteile

Plant der Unternehmer eine Betriebsänderung i.S. des § 72 Abs. 1 BetrVerfG so ist weitere Voraussetzung für das Vorliegen eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats, daß durch die geplante Maßnahme wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zu erwarten sind⁴⁾. Um diese weitere Voraussetzung zu erfüllen ist nicht erforderlich, daß durch die Betriebsänderung Entlassungen drohen. Von einem wesentlichen Nachteil spricht man auch schon dann, wenn insgesamt die soziale Stellung der Arbeitnehmer verschlechtert wird; z.B. durch Verlängerung des Anmarschweges bei einer Betriebsverlegung, Erschwerung der Arbeit, Verlagerung des Wohnsitzes⁵⁾.

Derartige Nachteile müssen zudem für die gesamte Belegschaft oder doch einen erheblichen Teil der Belegschaft zu erwarten sein. Schwierigkeiten bereitet in diesem Zusammenhang die Frage, wann von „erheblichen Teilen der Belegschaft“ gesprochen werden kann. Ausgangspunkt für eine Konkretisierung dieses Begriffes könnte das Verhältnis zwischen der Gesamtarbeiterzahl des Betriebes und dem betroffenen Teil der Belegschaft sein. Ließe man jedoch eine solche Relation genügen, so würde besonders in Großbetrieben trotz einer absolut hohen Zahl betroffener Arbeitnehmer wegen der Größe der Gesamtarbeitnehmerzahl ein Mitbestimmungsrecht

¹⁾ § 72 Abs. 1 lit. e 2. Halbsatz BetrVerfG

²⁾ Galperin-Siebert, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 3; Erdmann, BetrVerfG § 72 Anm. 7; Groß, Arb.u.R. 1954 S. 166; Nipperdey in Hueck — Nipperdey II S. 873; a.A. Fitting-Kraegeloh, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 9

³⁾ Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 6

⁴⁾ § 72 Abs. 1 Satz 1 BetrVerfG

⁵⁾ vergl. statt aller Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 9; über einzelne Abgrenzungsfragen gehen die Meinungen auseinander, vergl. dazu Kretzschmar, BB 1954 S. 32; Fitting-Kraegeloh, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 6; Groß, Arb.u.R. 1954 S. 165

des Betriebsrats entfallen. Aus diesem Grunde stellt das Schrifttum auch auf die Zahl der absolut betroffenen Arbeitnehmer ab und spricht auch dann von einem „erheblichen Teil der Belegschaft“, wenn der Prozentsatz zwar gering, die absolute Zahl der betroffenen Arbeitnehmer jedoch hoch ist¹⁾. Als Abgrenzungsmerkmal wird zudem auf die in § 66 Abs. 2 BetrVerfG aufgestellten Relationen Bezug genommen²⁾.

III. Die verfahrensmäßige Durchführung der wirtschaftlichen Mitbestimmung

Liegen die unter II genannten Voraussetzungen vor, so gewährt der Gesetzgeber dem Betriebsrat in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern ein Mitbestimmungsrecht, das darin besteht, daß Unternehmer und Betriebsrat sich im Wege eines Interessenausgleichs über die Durchführung der geplanten Betriebsänderung einigen³⁾.

Gelingt ein solcher Interessenausgleich nicht, so haben beide Parteien das Recht, die Vermittlung einer behördlichen Stelle anzurufen⁴⁾.

Kommt es auch vor dieser nicht zu einer Einigung, so kann sowohl der Betriebsrat als auch der Unternehmer eine Vermittlungsstelle anrufen⁵⁾. Der Vermittlungsstelle obliegt es, zunächst den Versuch zu machen, zwischen Betriebsrat und Unternehmer eine Einigung herbeizuführen. Gelingt dieser Versuch nicht, so ist nunmehr die Vermittlungsstelle verpflichtet, ihrerseits einen „Einigungsvorschlag“ zu machen⁶⁾. Dieser so ergangene Einigungsvorschlag hat die gleichen rechtlichen Wirkungen wie eine zwischen Betriebsrat und Unternehmer erfolgte Einigung⁷⁾.

Bei dem Erlaß des Einigungsvorschlages ist die Vermittlungsstelle nicht an die Vorschläge der Parteien gebunden, sie kann also auch einen bisher nicht vorgebrachten Kompromiß vorschlagen. Begrenzt wird diese Entscheidungsbefugnis der Vermittlungsstelle jedoch in einem wesentlichen Punkt: Der Einigungsvorschlag kann nicht an die Stelle der von dem Unternehmer geplanten Maßnahme eine andere setzen. Beabsichtigt z.B. der Unternehmer die Verlegung des Betriebes unter Beibehaltung des Betriebszwecks, so kann die Einigungsstelle nicht vorschlagen, die Verlegung solle unterbleiben, dafür aber der Betriebszweck geändert werden.

¹⁾ vergl. statt aller Dietz, Kom. z. BetrVerfG, § 72 Anm. 10

²⁾ so Fitting-Kraegeloh, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 8; Nipperdey in Hueck-Nipperdey II S. 872 Anm. 53; Dietz a.o.O. § 72 Anm. 10

³⁾ § 72 Abs. 2 BetrVerfG

⁴⁾ § 72 Abs. 2 Satz 2 BetrVerfG

⁵⁾ § 72 Abs. 2 Satz 2 BetrVerfG

⁶⁾ § 73 Abs. 2 BetrVerfG

⁷⁾ wegen der rechtlichen Wirkungen der Einigung siehe unten S. 39 ff (IV)

IV Der Umfang und die rechtlichen Wirkungen der wirtschaftlichen Mitbestimmung des Betriebsrats

Die Beschränkung der Einigungsstelle in ihrem Vorschlagsrecht zeigt zugleich die Grenze des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats auf. Der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt nicht die Frage, ob eine von dem Unternehmer geplante Betriebsänderung überhaupt durchgeführt wird, sondern lediglich die Frage, wie sie durchgeführt wird oder durchgeführt werden soll¹⁾.

Aber selbst in diesem engen, auf die betriebliche Durchführung einer Maßnahme beschränkten Rahmen führt das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht zu einer Begrenzung des rechtlichen Könnens des Unternehmers, sondern lediglich zu einer Beschränkung seines rechtlichen Dürfens, zu einer Bindung im Innenverhältnis²⁾.

Hält der Unternehmer sich nicht an den Inhalt der Einigung mit dem Betriebsrat oder an einen Einigungsvorschlag der Vermittlungsstelle, indem er beispielsweise anstelle einer schrittweisen Stilllegung den Betrieb sofort und ganz stilllegt, so ist eine solche Maßnahme nicht unwirksam³⁾. Der Unternehmer setzt sich vielmehr lediglich den Sanktionen des § 74 BetrVerfG aus.

§ 74 BetrVerfG bestimmt, daß der Unternehmer, falls er von einer Einigung oder einem Einigungsvorschlag ohne zwingenden Grund abweicht und dadurch zu Kündigungen genötigt wird, den von einer wirksamen Kündigung betroffenen Arbeitnehmern eine Abfindung zahlen muß. § 8 KSchG, der auf die Berechnung der Abfindungshöhe entsprechend Anwendung findet⁴⁾, gibt dem Arbeitsgericht die Möglichkeit, die Abfindungssumme auf bis zu 12 Monatsverdienste festzusetzen. Setzt sich der Unternehmer über die Einigung oder den Einigungsvorschlag ohne zwingenden Grund hinweg, so muß er daher mit möglicherweise ganz erheblichen Abfindungszahlungen rechnen.

¹⁾ Andererseits kann nicht verkannt werden, daß das Mitbestimmungsrecht praktisch eine vorgesehene Betriebsänderung vereiteln kann; und zwar in den Fällen, in denen die geplante Betriebsänderung auf Grund der Einigung oder des Einigungsvorschlages nur unter Bedingungen durchführbar ist, die den beabsichtigten Erfolg mittelbar vereiteln. Z. B. bei der Fusion zweier Unternehmen, um eine Betriebszusammenlegung zu erreichen. In einem solchen Falle kann die geplante Betriebszusammenlegung durch die Mitbestimmung Modifikationen erfahren, die die Fusion selbst und damit auch die spätere Betriebszusammenlegung vereiteln. Etwa weil zu einem späteren Zeitpunkt die Fusion nicht mehr durchgeführt werden kann, womit zugleich die Voraussetzungen für eine Betriebszusammenlegung entfallen. Auch in diesen Grenzfällen bleibt jedoch der Grundsatz bestehen, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats lediglich die Art der Durchführung einer Betriebsänderung beeinflussen kann, da auch in diesen Fällen das Mitbestimmungsrecht nur mittelbar die Voraussetzungen der Betriebsänderung berührt.

²⁾ vergl. Nipperdey in Hueck-Nipperdey II S. 878; Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 3 und § 74 Anm. 3; ders. RdA 1952 S. 43; Fitting-Kraegeloh, Kom. z. BetrVerfG § 74 Anm. 4; Neumann-Duesberg, BetrVerfG S. 598; Erdmann, BetrVerfG § 74 Anm. 1

³⁾ vergl. Literaturangaben zu Fußnote ²⁾

⁴⁾ vergl. § 74 BetrVerfG 2. Halbsatz

Die Meinung von Hessel¹⁾, auf Grund eines erfolgten Einigungsvorschlages oder einer Einigung könne im Klagewege von dem Unternehmer die Durchführung der Einigung oder des Einigungsvorschlages erzwungen werden, steht mit der gesetzlichen Regelung in Widerspruch.

Diese Meinung hat zwar möglicherweise ein berechtigtes Interesse auf ihrer Seite, das Mitbestimmungsrecht wirkungsvoller zu gestalten²⁾, für das Mitbestimmungsrecht auf wirtschaftlichem Gebiet hat jedoch der Gesetzgeber durch § 74 BetrVerfG abschließend die Folgen eines Verstoßes gegen eine Einigung oder einen Einigungsvorschlag dergestalt geregelt, daß der Unternehmer dem gekündigten Arbeitnehmer lediglich eine Abfindung zahlen muß³⁾. Die Durchsetzbarkeit einer Einigung oder eines Einigungsvorschlages wird dadurch ausgeschlossen⁴⁾.

Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, daß das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auf die Durchführung von Betriebsänderungen beschränkt ist. Eine in Bezug auf die Durchführung einer Betriebsänderung zwischen dem Unternehmer und dem Betriebsrat getroffene Einigung oder ein Einigungsvorschlag der Vermittlungsstelle führen zur Bindung des Unternehmers im Innenverhältnis. Ein im Klageweg durchsetzbarer Anspruch auf Durchführung der Einigung oder des Einigungsvorschlages besteht gegen den Unternehmer nicht. Weicht der Unternehmer von der Einigung oder dem Einigungsvorschlag ab, so setzt er sich unter bestimmten Voraussetzungen einem Abfindungsanspruch dadurch wirksam gekündigter Arbeitnehmer aus.

¹⁾ BB 1952 S. 921 f (924).

²⁾ vergl. Groß, ArbuR, 1954 S. 165 ff. Groß erwägt, ob nicht die Arbeitgeberhandlungen, falls der Betriebsrat übergangen wurde, als nichtig anzusehen seien (S. 167). Begründet wird diese Auffassung von Groß mit dem Argument, andernfalls habe das Mitbestimmungsrecht keinen praktischen Wert. Zwar hat das BAG (AP Nr. 1, 4, 9, 10 zu § 66 BetrVerfG) hinsichtlich der Verletzung des Anhörungsrechts des Betriebsrats bei Kündigungen durch den Arbeitgeber eine selbst sozial gerechtfertigte Kündigung als aus diesem Grunde gegen Treu und Glauben verstoßend angesehen, „um dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats insoweit mehr Gewicht zu geben“. Diese Rechtsprechung zu § 66 BetrVerfG hat das BAG aber auf eine Verletzung des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats (§ 72 — 75 BetrVerfG) durch den Unternehmer nicht übertragen. Nach dem BAG — Urteil vom 20. 1. 1961, AP Nr. 2 zu § 72 BetrVerfG — muß der Unternehmer sich vielmehr, falls er ohne Einschaltung des Betriebsrats eine Betriebsänderung vornimmt, so behandeln lassen, als liege eine Einigung oder ein Einigungsvorschlag vor, der die Maßnahme, die der Unternehmer getroffen hat, untersagt habe.

³⁾ anders bei § 66 BetrVerfG. Weder das BetrVerfG noch das KSchG enthalten eine Bestimmung darüber, welche Rechtsfolgen bei der Nichtanhörung des Betriebsrats vor einer Kündigung eintreten. Die vom BAG [vergl. Fußnote ²⁾] vertretene Auffassung wird zwar von der überwiegenden Meinung geteilt, eine nicht unbeachtliche Gegenmeinung vertritt jedoch darüberhinaus den Standpunkt, daß die Nichtanhörung des Betriebsrats zur Nichtigkeit einer solchen Kündigung führen würde. Vergl. dazu Hueck, Kom. z. KSchG, Einl. III 3a (S. 25).

⁴⁾ Die Durchführung der von Hessel (BB 1952 S. 921 f) vertretenen Auffassung würde zudem auf eine Verwirklichung des § 48 Abs. 4 des Entwurfs der CDU/CSU Fraktion zum BetrVerfG (vergl. oben S. 31 hinauslaufen; eine Regelung, die ausdrücklich durch den Gesetzgeber abgelehnt wurde (vergl. DruckS. des BT Nr. 3585).

V Die gerichtliche Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 74 BetrVerfG

Eine Sicherung des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats gegen eine völlige Mißachtung seitens des Unternehmers oder gegen ein von der durch die Mitbestimmung erzielten Einigung — Einigungsvorschlag — abweichendes Unternehmerhandeln erfolgt durch § 74 BetrVerfG. Diese Sanktion beschränkt sich jedoch auf die Fälle, in denen das abweichende Unternehmerhandeln zu Kündigungen führt. Da § 72 Abs 1 BetrVerfG aber lediglich darauf abstellt, daß Nachteile für die Arbeitnehmer des Betriebes zu erwarten sind¹⁾, keinesfalls aber bereits Kündigungen drohen müssen, um die Voraussetzungen des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats zu erfüllen, erfaßt § 74 BetrVerfG nicht einmal alle Tatbestände, die der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen.

Führt das von der Einigung mit dem Betriebsrat oder dem Einigungsvorschlag der Vermittlungsstelle abweichende Unternehmerhandeln zu Kündigungen, so bleibt dem Unternehmer darüberhinaus die Möglichkeit, gegenüber dem Abfindungsanspruch des Arbeitnehmers einzuwenden, die abweichende Maßnahme sei „aus zwingenden Gründen“ erfolgt.

In der Literatur wird die Meinung vertreten, ein „zwingender Grund“ liege dann vor, „wenn der Unternehmer im Interesse des Unternehmens und seiner Arbeitnehmerschaft zur Abwendung unmittelbar drohender Gefahren oder in Anpassung an eine Lage, die ihm praktisch keine andere Wahl lasse, bestimmte Handlungen oder Unterlassungen auf sich nehmen müsse“²⁾. In diesem Zusammenhang wird auch davon gesprochen, daß der Gesetzgeber in § 74 BetrVerfG „eine besondere *clausula rebus sic stantibus*“ anerkannt habe³⁾.

Beides ist nur bedingt richtig.

Was die erste — vor allen Dingen von Fitting-Kraegeloh⁴⁾ vertretene — Auffassung betrifft, so wird von dieser auf ein Moment, das nach den Vorstellungen des Gesetzgebers gerade durch die Einigung gewahrt werden sollte — das Interesse der Arbeitnehmerschaft — bei der Rechtfertigung des abweichenden Unternehmerhandelns mit abgestellt.

Sicherlich kann angenommen werden, daß ein Abweichen von einer Einigung oder einem Einigungsvorschlag auch für die Arbeitnehmerschaft Vorteile bringen kann, etwa weil sonst der ganze Betrieb hätte geschlossen werden müssen, das Handeln des Unternehmers aber nur zu einer Teilstillegung führt. In diesen Fällen wird es aber einer Rechtfertigung der abweichenden

¹⁾ § 72 Abs. 1 Satz 1 BetrVerfG

²⁾ h.M. vergl. Fitting-Kraegeloh, Kom. z. BetrVerfG § 74 Anm. 5; Neumann-Duesberg, Anm. zu BAG in AP Nr. 2 zu § 72 BetrVerfG

³⁾ Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 74 Anm. 8

⁴⁾ Kom. z. BetrVerfG § 74 Anm. 5

Handlung mit dem besser gewährten Arbeitnehmerinteresse nicht bedürfen, da vor die Alternative gestellt, Einhaltung der Einigung oder des Einigungsvorschlages und dadurch Ruin des Unternehmens oder Teilstilllegung und dadurch Erhaltung wenigstens eines Teiles des Betriebes, der Unternehmer sich sowieso aus „zwingenden Gründen“ für die Abweichungshandlung entscheiden würde.

Zudem darf nicht übersehen werden, daß die Sanktion des § 74 BetrVerfG nur eintritt, wenn durch die abweichende Maßnahme Kündigungen bedingt werden. Dann wird aber immer in die Interessen einzelner Teile der Belegschaft — in die der Gekündigten — eingegriffen. Eine Interessenwahrung tritt daher nur für den nicht gekündigten Teil der Arbeitnehmerschaft ein. Eine Interessenwahrung der betroffenen Arbeitnehmer, deren Schutz das Mitbestimmungsrecht gerade bezweckt, ist daher seitens des Unternehmers nicht möglich.

Die Abweichungshandlung kann sich somit lediglich aus wirtschaftlichen Gründen rechtfertigen. Bringen diese gleichzeitig einem Teil der Arbeitnehmerschaft Vorteile, so ist dies eine Reflexwirkung, die jedoch für die Frage, ob ein „zwingender Grund“ vorlag oder nicht, keine Bedeutung hat. Der Meinung, § 74 BetrVerfG stelle eine besondere Anerkennung der *clausula rebus sic stantibus* dar¹⁾, muß entgegengehalten werden, daß dies vielleicht für den Regelfall des § 74 BetrVerfG, nicht aber für alle Fälle zutrifft.

Sicherlich ist auch der Gesetzgeber davon ausgegangen, die den „zwingenden Grund“ ergebenden Tatsachen würden erst nach erfolgter Einigung oder nach erfolgtem Einigungsvorschlag durch die Vermittlungsstelle eintreten. Daß damit nicht alle Fälle des § 74 BetrVerfG erfaßt werden, läßt sich leicht an folgendem Beispiel aufzeigen:

Durch einen Einigungsvorschlag wird dem Unternehmer A auferlegt, anstatt der geplanten sofortigen Stilllegung zum 1. 4. 1960 erst zum 1. 10. 1960 stillzulegen, obwohl A dargelegt hatte, was auch den Tatsachen entspricht, daß er unter keinen Umständen in der Lage sei, den Betrieb über den 1. 4. 1960 hinaus aufrechtzuerhalten.

Legt der Unternehmer A in dem angeführten Beispiel entgegen dem Einigungsvorschlag zum 1. 4. 1960 den Betrieb still, so würde er damit — könnten nur nachträglich eintretende Tatsachen eine Abweichung rechtfertigen — ohne zwingenden Grund gegen den Einigungsvorschlag verstoßen. In Wirklichkeit besteht jedoch kein Unterschied zwischen der Interessenlage, ob nun der „zwingende Grund“ vor oder nach der Einigung oder dem Einigungsvorschlag eintritt. Beide Fälle müssen vielmehr gleich behandelt werden, so daß auch vor oder bei Ergehen eines Einigungsvorschlages bestehende Umstände ein „zwingender Grund“ zur Abweichung sein können.

¹⁾ so Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 74 Anm. 8

In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stellte sich diese Frage — die dann wie hier entschieden wurde — in einem anderen Zusammenhang.

Das Bundesarbeitsgericht hatte folgenden Fall zu entscheiden¹⁾:

Die Beklagte, eine GmbH, beabsichtigte, einen Teil ihres Betriebes stillzulegen. Da dadurch etwa 270 Arbeitnehmer entlassen werden mußten, forderte sie — unter Berufung auf § 15 KSchG — den Betriebsrat um die bei Massenentlassungen erforderliche Stellungnahme auf. Der Betriebsrat machte daraufhin sein Mitbestimmungsrecht geltend, die Beklagte ging jedoch nicht darauf ein, sondern legte den Betrieb still und entließ nach erfolgter Zustimmung durch den Massenentlassungsausschuß beim Landesarbeitsamt 277 Arbeitnehmer. Gegenüber dem Kläger wurde die Kündigung durch Fristablauf rechtswirksam. Er klagte nunmehr auf Zahlung einer Abfindung gemäß § 74 BetrVerfG.

Das Bundesarbeitsgericht²⁾ führt zunächst aus, daß die Beklagte durch ihr Vorgehen gegen § 72 BetrVerfG verstoßen habe. Deshalb müsse sich die Beklagte so behandeln lassen, als sei eine Einigung oder ein Einigungsvorschlag ergangen, der die Maßnahme untersagt habe. Der Anspruch des Klägers aus § 74 BetrVerfG sei daher zulässig. Das Bundesarbeitsgericht fährt dann fort³⁾:

„Demgegenüber hätte die Beklagte lediglich einwenden können, daß sie die Maßnahme aus zwingenden Gründen in jedem Falle hätte durchführen müssen.“

Der Unternehmer kann somit in einem solchen Fall den Nachweis erbringen, daß er die getroffene Maßnahme aus zwingenden Gründen hätte treffen müssen, gleichgültig wie der Einigungsvorschlag auch gelautet hätte⁴⁾.

Diese Grundsätze müssen aber auch — wegen der Gleichheit der Interessenlage — dann Anwendung finden, wenn es zu einem Einigungsvorschlag kommt, von dem wegen bereits bestehender Tatsachen der Unternehmer abweichen muß.

Weiter stellt sich die Frage, welche Anforderungen an einen wirtschaftlichen Tatbestand zu stellen sind, um von einem zwingenden Grund sprechen zu können.

Daß nicht jedes wirtschaftlich zweckmäßige Vorgehen des Unternehmers zugleich als ein, eine abweichende Handlung rechtfertigender „zwingender Grund“ i. S. des § 74 BetrVerfG anzusehen ist, ergibt sich aus folgender Überlegung:

¹⁾ Urteil vom 20. 1. 1961 — I ZAR 53 / 60 —, AP Nr. 2 zu § 72 BetrVerfG

²⁾ AP Nr. 2 zu § 72 BetrVerfG

³⁾ AP Nr. 2 zu § 72 BetrVerfG (6)

⁴⁾ so sogar Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 37 c in Widerspruch zu seiner These von der *clausula rebus sic stantibus*; vergl. auch Nipperdey in Hueck-Nipperdey II S. 875 Fußnote 68—70; a.A. Fitting-Kraegeloh, Kom. z. BetrVerfG § 82 Anm. 29 Galperin-Siebert, Kom. z. BetrVerfG § 74 Anm. 13

Bei den der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegenden Unternehmerentscheidungen (§ 72 Abs. 1 BetrVerfG) handelt es sich immer oder doch in der Regel um wirtschaftlich sinnvolle Betriebsänderungen. Ungeachtet der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit einer solchen Maßnahme greift dennoch das Mitbestimmungsrecht ein. Wollte man nunmehr andererseits die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit allein bereits genügen lassen, um eine Abweichung von der Einigung oder dem Einigungsvorschlag zu rechtfertigen, so würde dadurch das Mitbestimmungsrecht gegenstandslos. Tatbestände, die das Mitbestimmungsrecht nicht ausschließen können, rechtfertigen auch nicht ein Abweichen von der durch das Mitbestimmungsrecht erzielten Einigung — Einigungsvorschlag.

Zu der bloßen wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit einer abweichenden Handlung muß daher noch die dringende Notwendigkeit, die nur dieses Vorgehen als möglich erscheinen läßt, hinzutreten, um von einem „zwingenden Grund“ sprechen zu können. Der Unternehmer muß darlegen, daß er gar nicht anders handeln konnte.

Eine derartige enge Auslegung des Begriffs „zwingender Grund“ im Rahmen des § 74 BetrVerfG rechtfertigt sich auch aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Die Formulierung des § 74 BetrVerfG ist weder in dem Entwurf der CDU/CSU Fraktion¹⁾ zum BetrVerfG enthalten noch in dem Regierungsentwurf²⁾. Beide sahen wesentlich strengere Regelungen vor. § 81 des Regierungsentwurfs lautete:

„Werden infolge eines Handelns oder Unterlassens des Unternehmers, das als betriebsschädigend i. S. des § 80 Abs. 1 anzusehen ist, Entlassungen notwendig, so kann sich der Arbeitgeber nicht darauf berufen, daß solche Entlassungen durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sind.“

Während § 81 des Regierungsentwurfes dem Unternehmer die Kündigungsmöglichkeit in diesen Fällen nehmen wollte und dadurch trotz Verstoßes gegen das Mitbestimmungsrecht seitens des Unternehmers dem Arbeitnehmer den Arbeitsplatz sicherte, bestimmte § 48 Abs. 4 des Entwurfs der CDU/CSU Fraktion³⁾:

„Der Schiedsspruch hat unter den Parteien dieselben Wirkungen wie ein rechtskräftiges Urteil des Arbeitsgerichts.“

Dadurch wäre es sogar möglich gewesen — im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Schiedsspruch — die abweichende Handlung selbst zu verhindern. § 74 BetrVerfG folgte diesen Vorschlägen nicht. Der Ausschußbericht sagt hierzu folgendes⁴⁾:

¹⁾ DruckS d. BT Nr. 970 v. 17. 5. 1950

²⁾ DruckS d. BT Nr. 1546 v. 31. 10. 1950

³⁾ DruckS d. BT Nr. 970

⁴⁾ DruckS d. BT Nr. 3585 S. 16

„Seitens der Opposition wurde angeregt, stärkere Garantien für die Durchsetzung des Einigungsvorschlages zu schaffen und diesen damit zum Schiedsspruch zu erheben. Es wurde empfohlen, eine Vollstreckung des Vorschlages nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 887 (Ersatzvornahme) 888 (Beugezwang) der Zivilprozeßordnung vorzusehen. Seitens der Regierungsparteien wurden hiergegen Bedenken erhoben¹⁾, da die Ersatzvornahme sich nach der Natur der Sache nicht für die hier vorgesehenen Fälle eignet, andererseits das Verfahren des Beugezwangs durch Verhängung von Ordnungsstrafen zu umständlich und letzten Endes für die Arbeitnehmer wertlos sei. Es wurde betont, daß durch die verstärkte zivilrechtliche Haftung des Unternehmers der eigentliche Sinn des Mitbestimmungsrechts in wirtschaftlichen Fragen bedeutend besser verwirklicht würde.“

Während die Regelung des § 74 BetrVerfG gegenüber dem Entwurf der CDU/CSU Fraktion²⁾ die volle Verantwortung des Unternehmers für sein Handeln wieder herstellte, mußte andererseits die zivilrechtliche Haftung des Unternehmers gegenüber dem Arbeitnehmer stark ausgebaut werden, um auf diese Weise das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gegen die freie Verfügungsmacht des Unternehmers über den Betrieb zu sichern.

Dieses Ziel kann jedoch nur dann erreicht werden, wenn die Haftungsvoraussetzungen des § 74 BetrVerfG weit ausgelegt werden oder anders ausgedrückt, wenn der Unternehmer sich von der zivilrechtlichen Haftung nur unter strengen Voraussetzungen befreien kann.

Diese Überlegungen bestätigen das oben gewonnene Ergebnis. Ein zwingender Grund zur Abweichung liegt nur dann vor, wenn der Unternehmer in der konkreten wirtschaftlichen Situation nicht anders handeln konnte, oder wie Neumann-Duesberg es in seiner Anmerkung zu der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 20. 1. 1961 — 1AZR 53/60 — formuliert³⁾:

„wenn ein verantwortungsbewußter Unternehmer bei Würdigung aller Umstände nur eine Maßnahme, nämlich die bereits verwirklichte Betriebsänderung treffen konnte.“

Um diese Feststellung treffen zu können, müssen aber die Gerichte in Arbeitssachen die Unternehmerentscheidung, die zu der abweichenden Maßnahme führt, nachprüfen.

Nachgeprüft wird dabei die Unternehmerentscheidung auf ihre wirtschaftliche Notwendigkeit hin, worin unumgänglich eine Überprüfung der wirtschaftlichen Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Unternehmerhandelns liegt.

In seinem Urteil vom 20. 1. 1961 — 1 AZR 53/60 — führt das Bundesarbeitsgericht zu dieser Frage aus⁴⁾:

¹⁾ die CDU/CSU Fraktion ist daher wohl bereits in diesem Zeitpunkt von ihren Vorschlägen abgerückt, da nach diesen die nunmehr von der Opposition geforderten Sicherungen möglich gewesen wären.

²⁾ DruckS d. BT Nr. 970

³⁾ AP Nr. 2 zu § 72 BetrVerfG (3 b)

⁴⁾ AP Nr. 2 zu § 72 BetrVerfG

„Die Beklagte kann hierbei nicht damit gehört werden, daß bei der bereits von der Vorinstanz durchgeführten und vom Senat gebilligten Anwendung des § 74 BetrVerfG auf den vorliegenden Fall die Gerichte für Arbeits-sachen über die Notwendigkeit einer unternehmerischen Maßnahme hinsichtlich der künftigen Gestaltung eines Unternehmens und damit über wirtschaftliche Fragen zu entscheiden hätten, obwohl dies nach der gesetzlichen Regelung nicht Sache der Gerichte, sondern der sachkundigen Vermittlungsstelle sein sollte. Die Beklagte übersieht dabei, daß selbst bei der Einhaltung der Vorschriften des § 72 und § 73 BetrVerfG im Falle des § 74 BetrVerfG, wenn nämlich darum gestritten wird, ob der Unternehmer mit oder ohne zwingenden Grund von der Einigung oder dem Einigungsvorschlag abgewichen ist, die letzte maßgebliche Entscheidung zur Frage des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts von den Gerichten für Arbeits-sachen zu treffen ist. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, daß die Beklagte allein durch ihr gesetzwidriges Handeln es dazu hat kommen lassen, daß die Notwendigkeit ihrer Maßnahme nicht vor der Anrufung des Gerichts entweder durch den Betriebsrat oder durch eine Vermittlungsstelle geprüft worden ist. Die ihr danach noch verbliebene Möglichkeit der gerichtlichen Nachprüfung, die durchaus auch zu ihren Gunsten hätte ausgehen können, hat die Beklagte nicht genutzt.“

Das Gericht bekennt sich somit zu einer echten Nachprüfung der Unternehmerentscheidung und stellt diese gerichtliche Nachprüfung hinsichtlich der Miteinbeziehung wirtschaftlicher Fragen mit der Entscheidung der Vermittlungsstelle, die ihrerseits unbestritten berufen ist, wirtschaftliche Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Unternehmermaßnahme nachzuprüfen, auf eine Ebene.

Um nachzuprüfen, „ob nur eine Maßnahme, nämlich die bereits verwirklichte, getroffen werden konnte¹⁾“, hat das Gericht die Frage aufzuwerfen, und der Arbeitgeber nachzuweisen, daß andere Möglichkeiten des Handelns nicht gegeben waren. Aus dieser Fragestellung ergibt sich aber auch, daß immer dann, wenn der Unternehmer die einzig mögliche Entscheidung getroffen hat, diese auch richtig im wirtschaftlichen Sinne war.

Es ist daher festzustellen, daß die Gerichte in Arbeitssachen im Rahmen des § 74 BetrVerfG Unternehmermaßnahmen auf ihre Notwendigkeit und damit zugleich auf ihre wirtschaftliche Richtigkeit oder Unrichtigkeit hin überprüfen²⁾.

¹⁾ Neumann-Duesberg, Anmerkung zu BAG, AP Nr. 2 zu § 72 BetrVerfG

²⁾ Außer in der Entscheidung des BAG (a.a.O.) und der Anmerkung von Neumann-Duesberg (a.a.O.) wird in der Rechtsprechung und Literatur diese Konsequenz nicht mit dieser Eindeutigkeit gezogen. Fitting-Kraegeloh, Kom. z. BetrVerfG § 74 Anm. 5; Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 74 Anm. 8; Galperin-Siebert, Kom. z. BetrVerfG § 74 Anm. 10 und 24; Nipperdey in Hueck-Nipperdey II S. 873 sprechen vielmehr davon, daß der Unternehmer in Anpassung an eine Lage, die ihm praktisch keine andere Wahl ließ, abgewichen sein muß, und daß bei dieser Prüfung seitens des Gerichts ein strenger Maßstab an das Unternehmerhandeln angelegt werden müsse.

Zweiter Teil

Die Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 1 KSchG

§ 1 Abs. 1 KSchG stellt den Grundsatz auf, daß die Kündigung eines Arbeitnehmers, der länger als 6 Monate in einem Betrieb oder Unternehmen tätig war, rechtsunwirksam ist, falls die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist. Als sozial ungerechtfertigt ist gemäß § 1 Abs. 2 KSchG eine Kündigung dann anzusehen, „wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.“ Liegt einer dieser Gründe vor, so ist die Kündigung dennoch sozial ungerechtfertigt, „wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat“ (§ 1 Abs. 3 KSchG).

Dadurch, daß der Gesetzgeber „dringende betriebliche Erfordernisse“ als eine die Kündigung rechtfertigende Tatsache ansieht, obliegt es den Gerichten für Arbeitssachen im Rahmen einer Kündigungsschutzklage — falls der Unternehmer seine Kündigung auf derartige Tatsachen stützt — die betriebliche Situation, die die Kündigung bedingte, zu prüfen.

Gegenstand einer solchen Prüfung ist die Frage, ob der bisherige Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers weggefallen ist und ob für den Arbeitnehmer eine andere Beschäftigungsmöglichkeit in diesem Betrieb nicht mehr besteht.

Mit einer solchen Prüfung hält sich das Gericht im Rahmen rein betrieblicher Fragen.

Fraglich ist jedoch, ob die Gerichte für Arbeitssachen auf eine solche Feststellung und Würdigung betrieblicher Fakten beschränkt sind und nicht darüberhinaus auch die Umstände bei ihrer Prüfung miteinzubeziehen haben, die überhaupt erst die zur Kündigung führende betriebliche Situation geschaffen haben, vornehmlich die Frage, ob eine zur Kündigung führende Unternehmerentscheidung wirtschaftlich zweckmäßig oder notwendig war.

Gegenstand der Untersuchung muß daher sein, ob der Begriff „dringende betriebliche Erfordernisse“ auch eine Nachprüfung der zur Kündigung führenden Unternehmerentscheidung zum Gegenstand hat und — bejahendenfalls — an Hand welcher Kriterien eine derartige Nachprüfung vorzunehmen ist.

I Rechtsgeschichtliche Darstellung der Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des Kündigungsschutzes

Die Frage, ob Unternehmerentscheidungen im Rahmen von Kündigungsschutzvorschriften nachprüfbar seien, ist keineswegs erst durch das Kündigungsschutzgesetz vom 13. 8. 1951¹⁾ aufgeworfen worden. Sowohl § 84 BRG, als auch § 56 AOG, die gesetzlichen Vorbilder und Vorläufer des § 1 KSchG, waren bereits diesem Spannungsverhältnis zwischen unternehmerischer Betriebsgestaltung und Schutz des Arbeitsplatzes ausgesetzt, ein Problem, das wohl — soweit nicht gesetzlich eindeutig entschieden — jedem Kündigungsschutzrecht, das betriebliche Momente berücksichtigt, immanent ist.

1. Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 84 BRG

Ein Recht des einzelnen Arbeitnehmers — außerhalb des BGB — von sich aus gegen eine Kündigung vorzugehen, wurde erstmals durch § 84 des Betriebsrätegesetzes vom 4. 2. 1920²⁾ geschaffen.

Gemäß § 84 BRG konnte ein Arbeitnehmer im Falle der Kündigung binnen 5 Tagen nach der Kündigung Einspruch bei dem Arbeiter- und Angestelltenrat gegen die Kündigung einlegen. Gestützt werden konnte der Einspruch ausschließlich auf 4 Gründe:

- a) wenn der begründete Verdacht vorlag, daß die Kündigung wegen der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht, wegen politischer, militärischer, konfessioneller oder gewerkschaftlicher Betätigung oder Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer politischen, konfessionellen oder beruflichen oder einem militärischen Verbands erfolgt war;
- b) wenn die Kündigung ohne Angabe von Gründen erfolgt war;
- c) wenn die Kündigung deshalb erfolgte, weil der Arbeitnehmer sich weigerte, dauernd andere Arbeit, als die bei der Einstellung vereinbarte, zu verrichten;
- d) wenn die Kündigung sich als eine unbillige, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstellte³⁾.

¹⁾ BGBl I S. 499

²⁾ bereits vor dem 1. Weltkrieg war die Forderung erhoben worden, das Kündigungsrecht des Arbeitgebers einer Nachprüfung durch unparteiische Stellen zu unterwerfen (Potthoff, Probleme S. 126). Nach dem 1. Weltkrieg brachten der Bergarbeiterstreik im mitteldeutschen Kohlenggebiet vom März 1919, sowie der Angestelltenstreik der Berliner Metallindustrie vom April 1919 Verbesserungen. Der Bergarbeiterstreik endete mit der Vereinbarung vom 12. 3. 1919 (abgedruckt als Anhang zu der Begründung eines Entwurfs eines Gesetzes zur Ergänzung des Art. 34 des Entw. einer Verfassung des Deutschen Reichs).

³⁾ § 84 Abs. 1 Ziff. 1 — 4 BRG

Das Einspruchsrecht entfiel, wenn

- a) die Entlassung auf einer gesetzlichen oder tariflichen oder durch Beschluß des Arbeitsgerichts auferlegten Verpflichtung beruhte, oder
- b) die Entlassung durch gänzliche oder teilweise Stilllegung des Betriebes erforderlich war¹⁾.

Für die hier zu behandelnde Frage interessiert allein die Vorschrift des § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG. Diese Vorschrift hat bereits im Rahmen der Kündigungsvorschriften des Betriebsrätegesetzes die weitaus größte Bedeutung erlangt²⁾, wobei sich Lehre und Rechtsprechung immer wieder mit Bedeutung und Inhalt der Formulierung „durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte“ auseinandergesetzt haben.

Bereits damals ging man davon aus, daß eine Kündigung grundsätzlich eine Härte darstelle³⁾. Die Arbeitsstelle war mit dem Betriebsrätegesetz mehr geworden als eine reine Lohnquelle, sie hatte vielmehr einen Wert als solche für den Arbeitnehmer⁴⁾. Dieser sollte gegen den Mißbrauch des „formalen Kündigungsrechts“ geschützt werden⁵⁾. Nicht entscheidend war daher, ob der Arbeitnehmer die Möglichkeit hatte, auf dem Arbeitsmarkt eine neue Stelle zu finden oder ob durch das Bestehen einer Arbeitslosenversicherung eine Existenzbedrohung für den Arbeitnehmer ausgeschlossen war⁶⁾.

Unbillig war die in der Kündigung liegende Härte dann, wenn sie nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt war oder wenn in dem Betrieb andere Arbeitnehmer weiterbeschäftigt wurden, die von einer Kündigung nicht so stark betroffen worden wären⁷⁾.

Unterteilt wurde von Lehre und Rechtsprechung in Rationalisierungs- und Abbaukündigungen.

Bei der Rationalisierungskündigung hatte der Arbeitgeber darzulegen, daß durch technische oder organisatorische Maßnahmen Arbeitskräfte frei geworden waren⁸⁾. Weiterhin mußte der Arbeitgeber den Nachweis erbringen, daß ein anderer Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer nicht vorhanden war — sei es nun, weil überhaupt kein Arbeitsplatz frei war, sei es, weil es für den Arbeitgeber nicht zumutbar war, den Arbeitnehmer durch Umschulung an einer anderen Stelle des Betriebes zu beschäftigen⁹⁾.

¹⁾ § 85 Abs. 2 Ziff. 1 — 2 BRG

²⁾ Flatow-Kahn=Freund, Kom. z. BRG § 84 V d S. 451;

³⁾ Flatow-Kahn=Freund, a.a.O. V d 1 (S. 452); Hueck in Molitor-Hueck-Dietz S. 213 ff; Mansfeld, NZfA 1930 S. 289 ff (290); Fug-Sitzler, Kom. z. BRG § 84 Anm. 8

⁴⁾ vergl. Angaben zu Fußnote 3

⁵⁾ Flatow-Kahn=Freund, a.a.O. § 84 V d 1 Herschel, ArbG 1928 S. 255

⁶⁾ Flatow-Kahn=Freund a.a.O. § 84 V d 1

⁷⁾ Während das Abwägen zwischen den zu kündigenden Arbeitnehmern der heutigen Regelung des § 1 Abs. 3 KSchG entspricht, findet sich die zweite Fragestellung vergleichsweise in der heutigen Regelung des § 1 Abs. 2 KSchG wieder.

⁸⁾ Flatow-Kahn=Freund, Kom. z. BRG § 84 V d 3 (S. 455);

⁹⁾ vergl. Flatow-Kahn=Freund a.a.O.

Berücksichtigung fand bei dieser Abwägung auch die Frage, inwieweit rechtliche und wirtschaftliche Beziehungen des Unternehmers zu einem anderen Unternehmen ihm die Möglichkeit eröffneten, den betroffenen Arbeitnehmer in dem Betrieb eines anderen Unternehmens unterzubringen. Im Anschluß an die Ausführungen von Kronstein¹⁾ wurde die Notwendigkeit, „den gesamten wirtschaftlichen Tatbestand zu erfassen“, betont²⁾.

Während bei der Kündigung im Zuge von Rationalisierungsmaßnahmen die Notwendigkeit der Rationalisierung von dem Arbeitgeber nicht darzulegen war³⁾, traf den Arbeitgeber bei der Abbaukündigung eine erhöhte Darlegungspflicht.

Der Arbeitgeber mußte nachweisen, in welchem Umfange seine Aufträge zurückgegangen waren — falls er sich bei der Kündigung auf das Vorliegen von Auftragsmangel stützte — darüberhinaus aber auch beweisen, daß gerade auf dem Wege der Kündigung der wirtschaftliche Rückgang aufzufangen sei⁴⁾. Dabei wurde auch darauf abgestellt, ob der Unternehmer eine gleichmäßige Senkung der Kostenfaktoren — im Rahmen des Möglichen und Zweckmäßigen — vorgenommen hatte. Solange der Unternehmer nicht Dividende, Tantieme und sonstige Ausschüttungen eingeschränkt hatte oder zumindest den Versuch unternommen hatte, die Gehälter hoch bezahlter Angestellter zu kürzen, sollte eine Kündigung als eine nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte unbillige Härte angesehen werden⁵⁾.

In der Rechtsprechung sind diese von der Literatur herausgearbeiteten Grundsätze nicht einhellig angewandt worden.

Entscheidungen, die Rationalisierungskündigungen zum Gegenstand haben, fehlen völlig. Unter der Geltung des Betriebsrätegesetzes scheint infolge der wirtschaftlichen Lage diese Frage nicht akut geworden zu sein und wurde daher wohl — im Gegensatz zur Abbaukündigung — nur aus systematischen Gründen von der Literatur behandelt⁶⁾.

Die Rechtsprechung zur Abbaukündigung ergibt kein einheitliches Bild. Am deutlichsten ist hier der Gegensatz zwischen der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte zu § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG und der des Reichsarbeitsgerichts zu den §§ 96, 97 BRG.

Aus prozessualen Gründen — gegen Urteile der Landesarbeitsgerichte im Einspruchsverfahren nach § 84 BRG fand eine Revision an das Reichsarbeitsgericht nicht statt — fehlt eine Rechtsprechung des Reichsarbeits-

¹⁾ Abhängige Jur. Person S. 129

²⁾ so vor allen Dingen Flatow-Kahn=Freund, Kom z. BRG § 84 V d 3 (S. 454 unten)

³⁾ vergl. statt aller Flatow-Kahn=Freund a.a.O. § 84 V d 3 (S. 455)

⁴⁾ Flatow-Kahn=Freund a.a.O. S. 456; Flatow, in Anm. z. RAG Bensch Bd. 14 S. 548/549, ders. Anm. z. RAG Bensch Bd. 15 S. 374; Nipperdey, Anm. z. LAG Augsburg, Bensch Bd. 18 (LAG) S.55 (60/61)

⁵⁾ vergl. statt aller Flatow-Kahn=Freund a.a.O.

⁶⁾ bei Rationalisierungskündigungen ist möglicherweise auch bereits dem Einspruch des AN durch den Betriebsrat nicht stattgegeben worden, womit der Weg zum ArbGericht abgeschnitten war.

gerichts zu § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG. Das Reichsarbeitsgericht hat jedoch im Rahmen des § 97 BRG wiederholt zu der Frage Stellung genommen, inwieweit Unternehmerentscheidungen nachprüfbar seien.

a) Beschluß des Reichsarbeitsgerichts vom 27. 2. 1932¹⁾.

Sachverhalt: In einem Betrieb waren bereits wegen Arbeitsmangels Entlassungen vorgenommen worden. Bei der Entlassung eines Betriebsratsmitgliedes wird von diesem eingewandt, die Entlassung ließe sich dadurch vermeiden, daß der Unternehmer Kurzarbeit in dem Betrieb einführe.

Zu diesem Einwand führt das Reichsarbeitsgericht aus²⁾: „Zu der Frage, ob die Entlassung durch Einführung von Kurzarbeit mittels Änderung des Arbeitsverfahrens vermieden werden kann, hatte sich die Erörterung des Arbeitsgerichts darauf zu beschränken, ob der Arbeitgeber diese Aushilfe ernstlich erwogen hat. Die mit sachlichen Gründen vertretene Entscheidung des Arbeitgebers zur Arbeitsanordnung unterliegt dagegen als Maßnahme der Betriebsleitung der Nachprüfung des Arbeitsgerichts in der Beschlußfassung nach § 97 BRG nicht.“

b) Beschluß des Reichsarbeitsgerichts vom 22. 4. 1932³⁾

Sachverhalt: Eine Postbehörde wollte drei Posthelfer entlassen. Von dem Betriebsrat wurde dagegen eingewandt, durch die Entlassungen werde entweder

1. die Ordnungsmäßigkeit des Dienstbetriebes in Frage gestellt, oder
2. eine unangemessene Ausnutzung der verbleibenden Kräfte herbeigeführt werden.

Das Reichsarbeitsgericht führt aus⁴⁾:

„Ein Eingehen auf die Verhältnisse des Betriebes, insbesondere auf die Frage, ob die Entbehrlichkeit der Gekündigten nicht etwa nur bei unangemessener Ausnutzung der übrigen Arbeitskräfte gegeben ist, ist regelmäßig nicht zu umgehen...⁵⁾

andererseits ist dem Arbeitgeber keinesfalls ohne weiteres zuzumuten, vorhandene Arbeitskräfte nicht zweckentsprechend auszunutzen, nur um Betriebsvertretungsmitglieder durchzuhalten⁶⁾.“

c) Beschluß vom 4. 2. 1933⁷⁾

Sachverhalt: Gegen Entlassungen bei der Reichsbahn wurde eingewandt, die Reichsbahn habe durch Einführung von Kurzarbeit und Abschaffung von Leistungszulagen die Kündigungen vermeiden können.

¹⁾ Bensch Bd. 14 S. 546 ff

²⁾ RAG a.a.O. S. 548 vergl. auch die ablehnende Anmerkung von Flatow zu diesem Urteil, der eine weitergehende Nachprüfung für zulässig hält (S. 548/549)

³⁾ Bensch Bd. 15 S. 372 ff

⁴⁾ a.a.O. S. 374 ff

⁵⁾ S. 374

⁶⁾ S. 375

⁷⁾ RA GBensch Bd. 17 S. 273 ff

Dazu führt das Reichsarbeitsgericht aus¹⁾:

Die Frage, ob Kündigungen durch die Einführung von Kurzarbeit hätten vermieden werden können, muß sich auf die Untersuchung beschränken, ob diese Aushilfe vom Arbeitgeber ernstlich erwogen worden ist. Ob Leistungszulagen abzuschaffen sind, entscheidet ebenfalls allein die für das Betriebsergebnis verantwortliche Antragstellerin.“

Diese Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts erfolgte zwar in dem Beschlußverfahren nach §§ 96 / 97 BRG, also nicht unmittelbar zu § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG, ist aber dennoch auch als Stellungnahme zur Auslegung des § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG anzusehen. Nach h.M.²⁾, die vor allen Dingen auch vom Reichsarbeitsgericht³⁾ geteilt wurde, hatte die Betriebsvertretung bei ihrem Tätigwerden nach § 96 BRG auch die Erwägungen anzustellen, die sie bei der Beschlußfassung über den Einspruch eines gewöhnlichen Arbeitnehmers nach § 84 und § 86 BRG vorzunehmen hatte. Die Betriebsvertretung mußte daher ihre Zustimmung versagen, wenn die Kündigung sich als eine „nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstellte“. Der gleichen Verpflichtung unterlag damit auch das Arbeitsgericht bei seiner Entscheidung nach § 97 BRG, dessen Entscheidung dann von dem Reichsarbeitsgericht als Beschwerdegericht in bestimmten Fällen nachgeprüft wurde.

Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts zu §§ 96, 97 BRG ist daher als Rechtsprechung zu § 84 Abs. 1 Ziff. 4 anzusehen.

Dieses Ergebnis wird auch durch die Tatsache bestätigt, daß in den angeführten Entscheidungen ausschließlich Fragen des § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG behandelt wurden. In allen Fällen wurden Einwände behandelt, die nicht die Betriebsratsstellung des Gekündigten, sondern ausschließlich seine nach § 84 Abs. 1 geschützte Stellung als Arbeitnehmer betrafen. Aus diesem Grunde ist die Feststellung berechtigt, daß das Reichsarbeitsgericht eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen ablehnte.

Flatow⁴⁾ glaubt zwar, in dem Beschluß vom 22. 4. 1932⁵⁾ ein Abweichen des Reichsarbeitsgerichts gegenüber der mit Beschluß vom 27. 2. 1932⁶⁾ vertretenen Auffassung erkennen zu können; es darf aber nicht übersehen werden, daß die Sachverhalte dieser Entscheidungen nicht identisch waren und zudem das Reichsarbeitsgericht in seinem späteren Beschluß vom 4. 2. 1933⁷⁾ seine mit Beschluß vom 22. 4. 1932⁸⁾ vertretene Auffassung durch wörtliche Wiederholung bestätigte.

¹⁾ S. 273.

²⁾ vergl. statt aller Flatow-Kahn=Freund Kom. z. BRG § 96, II b (S. 571)

³⁾ vergl. RAG, BenschS Bd. 2 S. 156; 5 S. 505; 6 S. 311; 8 S. 204; 10 S. 51, 173

⁴⁾ Anm. zu RAG vom 22. 4. 1932 BenschS Bd. 15 S. 372

⁵⁾ RAG BenschS Bd. 15 S. 372

⁶⁾ RAG BenschS Bd. 14 S. 546

⁷⁾ RAG BenschS Bd. 17 S. 273

⁸⁾ a.a.O., wie Fußnote 5

Die Landesarbeitsgerichte haben durchweg einen anderen Standpunkt eingenommen und die Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen weitgehend bejaht. Stellvertretend seien zwei Urteile hier angeführt.

a) LAG Frankfurt/Main, Urteil vom 11. 2. 1932¹⁾

Sachverhalt: Die Reichsbahn begründete die Entlassung von Arbeitnehmern mit dem starken Verkehrsrückgang und der dadurch bedingten Notwendigkeit eines umfangreichen Personalabbaues. Dagegen wurde eingewandt, daß durch eine Verkürzung der Arbeitszeit in den Betriebsabteilungen, in denen durchweg noch 54—57 Stunden in der Woche gearbeitet wurde, die Entlassungen hätten vermieden werden können.

In den Gründen führt das Landesarbeitsgericht aus, nachdem es auf die Arbeitslosigkeit hingewiesen hat²⁾: „Sie (die Gerichte) müssen gerade bei Einspruchsverfahren mit besonderer Gewissenhaftigkeit die Frage prüfen, ob in der Tat die Entlassungen nicht durch anderweitige Maßnahmen des Arbeitgebers, insbesondere also durch Verkürzung der Arbeitszeit, hätten vermieden werden können³⁾

. . . . dieser Standpunkt enthält auch keineswegs einen unzulässigen Eingriff in das Direktionsrecht des Arbeitgebers oder eine Verletzung der Grundsätze privatkapitalistischer Wirtschaftsordnung. Es wird ja dem Arbeitgeber von dem Gericht nicht auferlegt, eine Verkürzung der Arbeitszeit vorzunehmen, zu einer solchen Anordnung fehlt dem Gericht die Befugnis. Das Gericht kann vielmehr bei der Prüfung des Einspruchs nur nachprüfen, ob nicht bei Verkürzung der Arbeitszeit die Entlassung vermeidbar war, und es kann, wenn es zu einer solchen Feststellung gelangt, die unbillige Härte annehmen,⁴⁾

Die Hauptfrage im jetzigen Rechtszug war daher die, ob eine solche Verkürzung der Arbeitszeit unter 54 Stunden in den Betriebsabteilungen technisch durchführbar und für die Beklagte wirtschaftlich tragbar ist⁵⁾.“

b) LAG Augsburg, Urteil vom 17. 2. 1933⁶⁾

Sachverhalt: Kündigungen bei der Reichsbahn werden mit der Behauptung angegriffen, bei der möglichen Einführung von Feierschichten und Kurzarbeit hätten die Entlassungen vermieden werden können.

Das LAG, das dem Einspruch stattgab, führt zur Begründung aus⁷⁾: „Selbstredend durften und werden sich die Gerichte nicht in Fragen der eigentlichen Organisation des Eisenbahnbetriebes einmischen. Aber ein Nachprüfungsrecht in organisatorischen Fragen des dem Betriebsrätegesetz unterstellten Arbeitsschutzes muß den Arbeitsgerichten möglich sein.“

¹⁾ BenschS Bd. 14 LAG S. 17 ff

²⁾ BenschS Bd. 14 LAG S. 19

³⁾ BenschS Bd. 14 LAG S. 20/21

⁴⁾ BenschS Bd. 14 LAG S. 21

⁵⁾ BenschS Bd. 14 LAG S. 23

⁶⁾ BenschS Bd. 18 LAG S. 55 ff

⁷⁾ a.a.O. S. 58

Die vom Reichsarbeitsgericht mit Beschluß vom 27. 2. 1932¹⁾ vertretene Auffassung²⁾ lehnt das LAG mit dem Hinweis darauf ab, daß es widersprüchlich sei, einerseits von der Unlösbarkeit der Frage der Nachprüfung zu sprechen und dann dennoch dem Arbeitsgericht aufzuerlegen, wegen der Kurzarbeitsfrage alle damals in der Abteilung beschäftigten Arbeitnehmer zu hören und weiter zu prüfen, in welcher Weise in dem Unternehmen eine teilweise Kurzarbeit eingeführt werden könne³⁾.

Im Ergebnis entsprechen die Urteile des LAG Frankfurt/Main⁴⁾ und des LAG Augsburg⁵⁾ der zu § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG vertretenen Auffassung in der Literatur⁶⁾; eine wirksame Begründung für die Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen bringt jedoch keines der beiden Urteile. Beide Urteile gehen davon aus, daß im Kampf gegen die Arbeitslosigkeit auch die Reichsbahn alles versuchen müsse, um Kündigungen, die durch Kurzarbeit abgewendet werden könnten, zu vermeiden, eine Begründung, die durch § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG nicht völlig gedeckt wird. Das LAG Augsburg⁷⁾ zieht daher auch ergänzend die Notverordnung vom 5. 6. 1931⁸⁾ der Reichsregierung zur Bekämpfung der Arbeitsnot zur Begründung heran, in der zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit die Einführung von Kurzarbeit vorgesehen war⁹⁾.

Die Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen, daß die Landesarbeitsgerichte im Ergebnis der in der Literatur vertretene Meinung, die Unternehmerentscheidung sei in bestimmten Grenzen nachprüfbar, gefolgt sind. Dadurch erfolgte zumindest im Rahmen des § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen.

2. Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 56 AOG

Das Betriebsrätegesetz wurde durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934¹⁰⁾ abgelöst. Dieses brachte in den hier interessierenden Punkten erhebliche Änderungen.

Während § 84 BRG das Einspruchsrecht zwar dem einzelnen Arbeitnehmer gab, die Betriebsvertretung jedoch als Vorprüfungsinstanz einschaltete, erfuhr diese Regelung durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit eine Änderung. Durch § 56 AOG wurde die Betriebsvertretung von einer

¹⁾ BenschS Bd. 14 S. 546

²⁾ vergl. dazu auch oben S. 51

³⁾ a.a.O. S. 58

⁴⁾ BenschS Bd. 14 LAG S. 17 ff

⁵⁾ BenschS Bd. 18 S. 55 ff (LAG)

⁶⁾ vergl. oben S. 49 f

⁷⁾ a.a.O., BenschS Bd. 18 S. 55 ff

⁸⁾ RGBl S. 271

⁹⁾ a.a.O. Kap. II Art. I

¹⁰⁾ RGBl I S. 45

Mitwirkung im Kündigungsschutzverfahren fast völlig ausgeschlossen. Dem Arbeitnehmer wurde nunmehr das Recht gegeben, binnen zwei Wochen nach Eingang der Kündigung auf Widerruf der Kündigung bei dem zuständigen Arbeitsgericht zu klagen¹⁾.

Begründet war eine solche Klage dann, „wenn die Kündigung unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt war²⁾.“

Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit brachte somit zwei Neuerungen gegenüber dem bisherigen Rechtszustand:

1. die unmittelbare Klagebefugnis des Arbeitnehmers als Folge eines Ausbaus des Individualschutzes,
2. anstelle der Aufzählung der Einspruchsgründe, wie § 84 BRG sie kannte, eine Generalklausel.

Andererseits behielt das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit eine Grundregel des Betriebsrätegesetzes bei: eine sozial zu mißbilligende Kündigung blieb auch weiterhin rechtsgültig und war nur im Wege der Widerrufsklage angreifbar³⁾.

Die Auslegung und Anwendung der Generalklausel des § 56 AOG interessiert hier. Unbestritten war, daß eine Kündigung immer dann als durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt anzusehen sei, wenn dem Unternehmer eine Weiterbeschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers nicht mehr möglich war⁴⁾. Voraussetzung war und blieb jedoch, daß der Unternehmer alles versucht hatte, um den Arbeitnehmer zu halten. Als Möglichkeiten kamen hier vor allen Dingen Arbeitsstreckung und Umschulung in Frage.

Eine Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen wurde abgelehnt. Der Unternehmer hatte als Führer des Betriebs nach seinem freien Ermessen das Unternehmen zu leiten.

Es wurde jedoch andererseits nicht jede Form der Rationalisierung als Kündigungsgrund hingenommen. War unter der Geltung des Betriebsrätegesetzes der Begriff der „Härte“ noch hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt der Abwägung zwischen der sozialen Stellung der einzelnen Arbeitnehmer gesehen worden, so trat hierin unter der Herrschaft des § 56 AOG eine Wandlung ein. Neben die Frage nach der richtigen sozialen Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers trat die Abwägung von betrieblichem Vorteil der Rationalisierungsmaßnahme gegenüber der für den gekündigten Arbeitnehmer entstehenden Härte⁵⁾. Standen die Rationalisierungs-

¹⁾ vergl. § 56 Abs. 1 AOG

²⁾ § 56 AOG Abs. 1

³⁾ vergl. §§ 56 Abs. 1 und 57 AOG;

⁴⁾ vergl. statt aller Hueck in Hueck-Nipperdey-Dietz, Kom. z. AOG Vorbem. zu § 56 I 2

⁵⁾ vergl. Molitor, Deutsches Arbeitsrecht S. 137; Dersch, Kom. z. AOG § 56 Anm. 8a; Mansfeld, Kom. z. AOG § 56 Anm. 26; Mansfeld-Pohle-Steinmann-Krause, Kom. z. AOG S. 497; Hueck in Hueck-Nipperdey-Dietz, Kom. z. AOG § 56 Anm. 10

vorteile und die sozialen Härten in einem Mißverhältnis, so war eine Kündigung nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt und stellte eine unbillige Härte dar¹⁾).

Auf diese Weise sollte zwar keine Beschränkung der Unternehmerfreiheit statuiert, andererseits aber ein willkürliches Unternehmerhandeln unter dem Vorwand betrieblicher Erfordernisse verhindert werden²⁾).

Mit der Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 56 AOG befaßten sich folgende Urteile:

a) Arbeitsgericht Bremen, Urteil vom 8. 6. 1934³⁾

Sachverhalt: Der in der Kaffeeabteilung einer Firma tätige Kläger wurde entlassen, da die Auftragsrückgänge dieser Abteilung den von dem Kläger geleiteten Reklameaufwand unmöglich machte. Soweit der Kläger auch andere Arbeiten erledigt hatte, wurden diese von einem anderen, ebenfalls nicht voll ausgelasteten Angestellten mitbearbeitet.

Das Arbeitsgericht, das die Klage abwies, führt aus: „Schon unter der Geltung des alten Rechts hat die Kammer in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt vertreten, daß grundsätzlich der Betriebsinhaber darüber zu entscheiden habe, was die Belange seines Betriebes erfordern, und daß insoweit nur dann das Ermessen des Arbeitsgerichts an die Stelle seines Ermessens treten könne, wenn es offenbar an einer objektiven und gewissenhaften Prüfung von seiner Seite gefehlt hat. Im Beschlußverfahren nach § 97 BRG hat das Reichsarbeitsgericht einmal in anderem Zusammenhang zum Ausdruck gebracht, daß die mit sachlichen Gründen vertretene Entschließung des Arbeitgebers zur Arbeitsanordnung der Nachprüfung durch die Arbeitsgerichte nicht unterliege (amtl. Sammlung Bd. 10 S. 247)⁴⁾. Dieser Grundsatz muß nach dem Inkrafttreten des AOG mit der Betonung des Führerprinzips noch stärker in den Vordergrund treten⁵⁾.“

b) Arbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 5. 10. 1934⁶⁾

Sachverhalt: Eine Firma hatte dem als Beifahrer tätigen Kläger mit der Begründung gekündigt, daß der Rückgang des Absatzes eine Einschränkung des Personalbestandes in der Fahrabteilung erforderlich mache. Der Kläger wandte dagegen ein, daß die noch verbliebenen Arbeitnehmer Überstunden machen müßten, um die Aufträge zu erledigen.

Das Arbeitsgericht gab der Klage, nachdem es die Richtigkeit des Vorbringens des Klägers durch eine umfangreiche Beweisaufnahme festgestellt hatte, statt. Zur Begründung führte es aus: „Die Arbeit im Fahrbetrieb ist trotz des geringer gewordenen Absatzes des Gesamtbetriebes nicht so

¹⁾ Kiefer, Unbillige Härte u. Betriebsbedingtheit S. 32 ff

²⁾ Kiefer a.a.O. S. 32, 33

³⁾ Bensch Bd. 21 S. 73 ff

⁴⁾ Bensch Bd. 14 S. 546 ff

⁵⁾ S. 78

⁶⁾ Bensch Bd. 26 S. 172 ff

viel weniger geworden, als daß sich die Abschaffung der Beifahrer ermöglichen ließe. Aus allen Aussagen ergibt sich die Unmöglichkeit, die Waren mit 4 Kraftwagen ohne Beifahrer, ohne Überstunden zu machen, auszufahren. Auch die Ersatzbeifahrer, die am Wochenende aus dem Bäckereibetrieb herausgenommen werden, können nichts an der an sich ungenügenden Besetzung des Beifahrerpersonals ändern. Außerdem ist nach Ansicht des Gerichts die Herausnahme von Kräften aus dem Backbetrieb gerade in diesen Tagen nicht dazu angetan, in diesem Betriebsteil an jenen Tagen eine glatte Erledigung der Arbeiten zu gewährleisten¹⁾.“

c) Landesarbeitsgericht Darmstadt, Urteil vom 26. 4. 1935²⁾

Sachverhalt: Die Beklagte, eine Molkerei, stellte einen unrentablen Zweigbetrieb ein. Die bisher dort verarbeiteten Milchmengen wurden von dem Zeitpunkt der Stilllegung an in dem Hauptbetrieb der Beklagten verarbeitet. Bis auf den Kläger wurden alle Arbeitnehmer in diesen Betrieb übernommen. Die Beklagte behauptete, für den Kläger keine Arbeit mehr zu haben, stellte jedoch einen Käsefacharbeiter neu ein. Der Kläger hatte diese Qualifikation nicht.

Das Landesarbeitsgericht wies die Klage ab. Es führte unter anderem aus: „Es läßt sich auch nicht beanstanden, daß ein besonderer Käsefacharbeiter eingestellt wurde. In welcher Richtung und auf welches Sondergebiet ein Unternehmen zu leiten ist, darüber entscheidet das wirtschaftliche Ermessen der Betriebsführung, das einer Beurteilung durch das Gericht nicht unterliegt³⁾.“

d) Landesarbeitsgericht Gleiwitz, Urteil vom 16. 4. 1940⁴⁾

Sachverhalt: Der Kläger war bei der Beklagten als Vertreter tätig gewesen. Nach Ausbruch des Krieges konnte die Beklagte selbst von den ohne Mithilfe des Klägers erteilten Aufträgen nur einen geringen Prozentsatz erfüllen. Bei dieser Sachlage hatte die Beklagte kein Interesse mehr für die Tätigkeit des Klägers, da sie sich ohnehin der Aufträge nicht erwehren konnte. Der Kläger wandte ein, daß er auf anderen Gebieten für die Beklagte tätig sein könne.

Das Gericht wies die Klage ab. Als Begründung führte es unter anderem aus: „Wenn der Kläger noch darauf hinweist, daß die Beklagte bei richtiger Disposition nicht gezwungen sei, ihn zu entlassen, weil sie in neuen Absatzgebieten seine Kräfte zur Kundenwerbung einsetzen könne und sollte, so gehen diese Ausführungen fehl, weil die Arbeitsgerichte nicht in der Lage sind, in die geschäftlichen Dispositionen des Betriebsführers sich einzumischen und ihm vorzuschreiben, wie und wo er Arbeitskräfte einsetzen müsse, wieviel Angestellte er zu beschäftigen habe und dergleichen⁵⁾.“

¹⁾ S. 174; vergl. auch die Anm. v. Dersch S. 174/175

²⁾ BenschS Bd. 23 S. 153 ff

³⁾ BenschS Bd. 23 S. 158

⁴⁾ BenschS Bd. 39 S. 80 ff

⁵⁾ BenschS Bd. 39 S. 80; vergl. auch LAG Krefeld, BenschS Bd. 40 S. 111 f, das bei gleichem Sachverhalt zu dem gleichen Ergebnis kommt.

Die angeführten Beispiele aus der Rechtsprechung lassen erkennen, daß die Gerichte für Arbeitssachen — unter Betonung des Führerprinzips — weitgehend eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen ablehnten. Am deutlichsten bringt dies das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen¹⁾ zum Ausdruck. Bei dem von dem Arbeitsgericht Hamburg²⁾ entschiedenen Fall — der scheinbar die Grundsätze der damaligen Rechtsprechung verläßt — ging es in erster Linie um die Frage, ob überhaupt ein Arbeitsplatz weggefallen sei³⁾. Für die Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen bringt die Entscheidung nichts.

3. Entwicklung des Kündigungsschutzes nach 1945 bis zur Schaffung des Kündigungsschutzgesetzes

Nach 1945 blieben zunächst die Bestimmungen des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit in Geltung, wurden dann jedoch mit Wirkung zum 1. 1. 1947 durch die Militärregierung außer Kraft gesetzt.

In der amerikanischen und französischen Zone entstanden in den einzelnen Ländern Kündigungsschutzgesetze oder entsprechende Regelungen im Rahmen von Betriebsrätegesetzen⁴⁾.

In der britischen Zone kam es zur Schaffung derartiger Gesetze zwar nicht, die Gerichte setzten jedoch mit Hilfe der §§ 138 und 242 BGB praktisch die Rechtsprechung zum Gesetz der Ordnung der nationalen Arbeit fort⁵⁾. Diese Entwicklung führte zu einer unübersehbaren Rechtszersplitterung auf dem Gebiet des Kündigungsschutzes⁶⁾. Um dem abzuhelpen, beschloß deshalb der Vereinigte Wirtschaftsrat der britischen und amerikanischen Zone am 20. 9. 1949 ein Kündigungsschutzgesetz, das jedoch von den Militärregierungen im Hinblick auf die inzwischen entstandene Bundesrepublik Deutschland nicht mehr genehmigt wurde⁷⁾.

¹⁾ Bensch Bd. 21 S. 73 ff, vergl. auch oben S. 56

²⁾ Bensch Bd. 26 S. 172 ff, vergl. auch oben S. 56

³⁾ vergl. Dersch in Anmerkung zu LAG Hamburg, Bensch Bd. 26 S. 174/175, der in dieser Entscheidung nur ein Teilproblem sieht.

⁴⁾ vergl. hinsichtlich der Landesgesetzgebung die Übersicht bei Hilger, BB 1948 S. 534; und die Begründung zum Regierungsentwurf eines Kündigungsschutzgesetzes, abgedruckt in BAnz 1951 Nr. 193 S. 7/8; folgende Landesgesetze bestanden:

1. das württembergische Kündigungsschutzgesetz v. 18. 8. 1948 (RegBl. S. 134)

2. das bayerische Kündigungsschutzgesetz v. 1. 8. 1947 (GVBl. S. 165)

3. in Bremen (Betriebsrätegesetz v. 10. 1. 1948 (GVBl. S. 7))

Württemberg-Hohenzollern (Betriebsrätegesetz v. 21. 5. 1949 (RegBl. S. 153)) Hessen (Betriebsrätegesetz v. 31. 5. 1948 (GVBl. S. 117))

Südbaden (Gesetz über die Bildung von Betriebsräten v. 24. 9. 1948 GVBl. S. 209) und Rheinland-Pfalz (Betriebsrätegesetz v. 15. 5. 1947 VOBl. S. 258) wurde der Kündigungsschutz in Betriebsrätegesetzen unter teilweise starker Anlehnung an § 84 ff BRG geregelt.

⁵⁾ vergl. Hueck, Kom. z. KSchG Einl. I; Auffarth—Müller, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 1; Dietz in Recht—Staat—Wirtschaft Bd. 3 (1951) S. 332 ff (344). In einem Erlaß des Präsidenten des Zentralamtes für Arbeit der britischen Zone vom 23. 1. 1947 — III/95/47 — (veröffentlicht in Arbeitsblatt für die britische Zone 1947 S. 72; auszugsweise hinsichtlich der hier interessierenden Frage wiedergegeben bei Bötticher, MDR 1952 S. 263 und in BAnz 1951 Nr. 193 S. 7) führt dieser aus: „Eine Kündigung ist, selbst wenn sie die Zustimmung von Betriebsrat und Arbeitsamt gefunden hat, jedenfalls dann nichtig, wenn sie sich als Rechtsmißbrauch darstellt (242 BGB). Rechtsmißbrauch liegt immer vor, wenn die Kündigung nicht notwendig, also willkürlich ist.“ Vergl. auch die Stellungnahme von Hueck in SJZ 1947 S. 609 ff; Galperin, BB 1948 S. 305 ff

⁶⁾ vergl. Weber, BB 1949 S. 666; Herschel BB 1951 S. 61; Bötticher RdA 1951 S. 81

⁷⁾ vergl. Hueck, Kom. z. KSchG Einl. II 1

Gerade dieses Gesetz sollte auf die spätere Entwicklung entscheidenden Einfluß nehmen. Als Neuerung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand brachte es nämlich eine grundlegende Änderung: eine Kündigung sollte nur noch dann wirksam sein, wenn sie sozial gerechtfertigt war¹⁾.

Der „Hattenheimer Entwurf“ vom 13. Januar 1950²⁾ übernahm große Teile des Frankfurter Gesetzes, brachte aber in einem Hauptpunkt eine Rückkehr zu der Regelung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit. Die Kündigung sollte — ebenso wie bei § 56 AOG und § 84 BRG — zunächst gültig sein, mit der Möglichkeit, eine Verurteilung des Arbeitgebers auf Rücknahme oder Widerruf zu erzielen.

Auf dem Hattenheimer Entwurf aufbauend, legte das Bundesarbeitsministerium am 27. 3. 1951 den Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes vor³⁾. Dieser schloß sich hinsichtlich des § 1 KSchG der Regelung des Frankfurter Gesetzes an, ging also von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Kündigung aus. Diese Regelung wurde in der späteren Auseinandersetzung nicht mehr angegriffen⁴⁾. Der Kampf um das Kündigungsschutzgesetz entbrannte an der Frage, auf welche Betriebe, ab welchen Alters und nach welcher Dauer der Betriebszugehörigkeit seine Vorschriften Anwendung finden sollten.

In seiner 159. Sitzung verabschiedete der Bundestag das Gesetz, der Bundesrat stimmte ihm am 27. 7. 1951 zu und durch Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt trat das Kündigungsschutzgesetz am 13. 8. 1951 in Kraft⁵⁾.

II Der Begriff „dringende betriebliche Erfordernisse“ (§ 1 Abs. 2 KSchG) in Lehre und Rechtsprechung

Nach der h.M.⁶⁾ liegen „dringende betriebliche Erfordernisse“ immer dann vor, wenn infolge von Absatzschwierigkeiten, Auftrags- oder Rohstoffmangel, Einführung arbeitssparender Maschinen oder Betriebsstillegungen für den betroffenen Arbeitnehmer keine Arbeit mehr vorhanden ist, wenn eine gewisse, durch die Betriebsverhältnisse bedingte Notlage vorliegt, die die Kündigung notwendig macht⁷⁾ oder anders formuliert, wenn im Interesse des Betriebes eine Kündigung wirklich notwendig ist⁸⁾.

Eine derartige Notlage besteht nach der h.M. immer dann, wenn es dem Unternehmer nicht möglich ist, durch den Abbau von Überstunden, Einführung von Kurzarbeit oder andere zumutbare Maßnahmen, den Arbeit-

¹⁾ vergl. § 1 des Frankfurter Gesetzes a.a.O.

²⁾ Wortlaut siehe RdA 1950 S. 63

³⁾ abgedruckt in RdA 1951 S. 58

⁴⁾ vergl. Sitzungsprotokolle des Bundestages über die parlamentarische Beratung des KSchG: 156. Sitzung des BT, Sitzungsberichte S. 6210; 159. Sitzung des BT, Sitzungsberichte S. 6357 ff

⁵⁾ BGBl I. S. 499

⁶⁾ vergl. statt aller Hueck, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 36 a

⁷⁾ LAG Düsseldorf, Betr. 1952 S. 556

⁸⁾ Hueck a.a.O

nehmer weiter zu beschäftigen¹⁾). Solange der Arbeitgeber diese Möglichkeiten nicht ausgeschöpft habe, lägen keine dringenden betrieblichen Erfordernisse vor, so daß die Kündigung als sozial ungerechtfertigt anzusehen sei²⁾). Bei dieser Prüfung dürften jedoch die an den Unternehmer zu stellenden Anforderungen nicht zu streng sein³⁾). Keinesfalls seien die Gerichte befugt, in das freie Gestaltungsrecht des Unternehmers einzugreifen und die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit von Unternehmermaßnahmen nachzuprüfen⁴⁾).

Eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen wird auch für diejenigen Maßnahmen durchweg verneint, die überhaupt erst eine betriebliche „Notlage“ schaffen⁵⁾). Vor allen Dingen auf dem weiten Feld der Rationalisierungsmaßnahmen wird die Möglichkeit, technische oder organisatorische Zweckmäßigkeit von Unternehmerentscheidungen einer Nachprüfung zu unterziehen, verneint⁶⁾). Eine solche Nachprüfung soll nur dann möglich sein, falls eine Unternehmermaßnahme „öffentlich gegen die Grundsätze einer vernünftigen Wirtschaftsführung verstößt und offenbare Fehlgänge zum Nachteil des Arbeitnehmers aufweist⁷⁾“.

III Die Argumente gegen eine Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen

Gestützt wird die Auffassung, Unternehmerentscheidungen seien im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG nicht nachprüfbar, auf folgende Argumente:

1. abschließende Regelung der Mitbestimmung im Betriebsverfassungsgesetz

Von Hueck⁸⁾ und Auffarth-Müller⁹⁾ wird vorgebracht, das Betriebsverfassungsgesetz enthalte in seinen §§ 67 ff eine erschöpfende Regelung des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts der Arbeitnehmer bei besonders einschneidenden wirtschaftlichen Maßnahmen. Dagegen sei es nicht Sache des Gerichts, im Kündigungsschutzprozeß eine solche Prüfung vorzunehmen.

¹⁾ vergl. statt aller Hueck a.a.O. Anm. 36b

²⁾ vergl. statt aller Hueck a.a.O. Anm. 36b

³⁾ Hueck a.a.O. Anm. 36b

⁴⁾ h.M. vergl. Hueck, Kom. z. KSchG § 1 ANM. 36; Rappenecker, BB 1958 S. 47; Galperin, BB 1954 S. 1117; Eberl, BB 1954 S. 447; Kunkel, BB 1952 S. 379, ders. NJW 1953 S. 927; Nikisch, Lehrb. Bd. 1 § 51 V 4; Rohlfing, Betr. 1953 S. 314; Herschel-Steinmann, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 42 a; Auffarth-Müller, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 200

⁵⁾ vergl. Literaturangaben wie Fußnote 4, bes. aber Auffarth-Müller a.a.O. und Rappenecker a.a.O.

⁶⁾ wie Fußnote 4, vergl. aber auch LAG Düsseldorf, Betr. 1954 S. 308, 888, 1048; BB 1955 S. 717; Betr. 1955 S. 195

⁷⁾ vergl. LAG Bremen, Betr. 1953 S. 276; LAG Düsseldorf, Betr. 1952 S. 556 u. 888 und Betr. 1953 S. 426 u. 536 und Betr. 1957 S. 560; das BAG läßt diese Frage offen, vergl. BAG in AP Nr. 16 zu § 1 KSchG mit ausdrücklichem Hinweis auf LAG Bremen, Betr. 1953 S. 276;

für eine Nachprüfbarkeit über den Ermessensmißbrauch hinaus: LAG Ffm BB 1954 S. 228; Joachim, BB 1954 1114; Molitor, BB 1953, S. 35; Diekhoff, Arb. u. R. 1957 S. 197; vermittelnd: Kaufmann, NJW 1953 S. 1047, Schmidt RdA 1954 S. 170

⁸⁾ Kom. z. KSchG § 1 Anm. 36 b

⁹⁾ Kom. z. KSchG § 1 Anm. 201

Diese Behauptung läßt sich durch nichts stützen. Sowohl § 66 Abs. 2 BetrVerfG, als auch § 74 BetrVerfG widersprechen dieser Ansicht.

§ 66 Abs. 2 BetrVerfG sagt ausdrücklich, daß neben dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes unberührt bleiben. Ausdrücklich geht daher der Gesetzgeber davon aus, daß die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes durch die Normen des Betriebsverfassungsgesetzes weder beeinträchtigt noch beschränkt werden.

Die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes und die des Kündigungsschutzgesetzes ergänzen sich vielmehr, soweit durch eine solche Verbindung der Schutzzgedanke der Arbeitsrechtsnormen verstärkt oder überhaupt erst durchführbar wird¹⁾.

Daß eine Verbindung zum Nachteil des Arbeitnehmers nicht möglich ist, ergibt sich daraus, daß die Normen des Kündigungsschutzgesetzes nur dort in Konkurrenz zu den Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes treten können, wo das Betriebsverfassungsgesetz überhaupt Anwendung findet²⁾.

Auch § 74 BetrVerfG läßt die Voraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes trotz erfolgter Mitbestimmung des Betriebsrats bestehen³⁾. Neben den einzelnen Voraussetzungen, die § 74 BetrVerfG selbst aufstellt, ist daher immer die Feststellung erforderlich, ob nach den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes eine rechtswirksame Kündigung, d.h. eine sozial gerechtfertigte Kündigung vorliegt⁴⁾. Dies selbst dann, wenn der Unternehmer in Durchführung einer Einigung mit dem Betriebsrat oder eines Einigungsvorschlages der Vermittlungsstelle Kündigungen ausspricht. Auch in diesem Falle ist das Gericht bei der Beurteilung der Betriebsbedingtheit einer Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG nicht an die Einigung oder den Einigungsvorschlag gebunden⁵⁾.

Darüberhinaus handelt es sich bei den Normen des Betriebsverfassungsgesetzes und vornehmlich bei den § 72 ff BetrVerfG um Vorschriften, die die wirtschaftliche Mitbestimmung des Betriebsrats regeln, wenn auch zum Schutze des einzelnen Arbeitnehmers durch Geltendmachung eines Kollektivanspruchs auf Mitbestimmung; das Kündigungsschutzgesetz bezweckt jedoch nur und ausschließlich den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers, unabhängig davon, ob ein Betriebsrat besteht.

¹⁾ BAG, AP Nr. 4 zu § 66 BetrVerfG

²⁾ der Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes und des Kündigungsschutzgesetzes decken sich nicht.

³⁾ h.M. Galperin-Siebert, Kom. z. BetrVerfG § 74 Anm. 11; Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 74 Anm. 16 und 17; Fitting-Kraegeloh Kom. z. BetrVerfG § 74 Anm. 9

⁴⁾ vergl. Galperin a.a.O. Anm. 16

⁵⁾ h.M. vergl. statt aller Nipperdey in Hueck-Nipperdey II S. 878

2. Wirksamkeit der Kündigung trotz Verstoßes gegen eine betriebliche Einigung

Weiter wird argumentiert, auch aus § 74 BetrVerfG ergebe sich, daß Unternehmerentscheidungen nicht nachprüfbar seien¹⁾

Obwohl im Falle des § 74 BetrVerfG der Unternehmer ohne zwingenden Grund von der Einigung oder dem Einigungsvorschlag abweiche, und dadurch zu Kündigungen genötigt werde, steht dem Arbeitnehmer lediglich ein Schadensersatzanspruch zu. Daraus folge, daß selbst durch derartige Umstände bedingte Kündigungen betriebsbedingt und deshalb rechtmäßig seien. Wenn aber selbst in diesem Falle eine betriebsbedingte Kündigung vorliege, so müsse in jedem Falle die zur Kündigung führende Unternehmerentscheidung außer Betracht bleiben²⁾.

§ 74 BetrVerfG lautet:

„Liegt eine Einigung (§ 73 I) oder ein Einigungsvorschlag (§ 73 II) vor und wird der Unternehmer infolge von Handlungen oder Unterlassungen, die von der Einigung oder dem Einigungsvorschlag ohne zwingenden Grund abweichen, genötigt, Kündigungen auszusprechen, so können die von rechtswirksamen Kündigungen betroffenen Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht Klage erheben mit dem Antrag, den Unternehmer zur Zahlung von Abfindungen zu verurteilen;“

Geht man davon aus, wie die h.M. es tut³⁾, daß die Rechtswirksamkeit von Kündigungen sich ausschließlich nach den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes bestimmt, so läßt sich schwer einsehen, wieso § 74 BetrVerfG einer Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen entgegenstehen sollte.

Um dies zu beweisen, bedienen sich die Vertreter dieser Theorie⁴⁾ folgender Argumentation: Wenn der Unternehmer genötigt sei, Kündigungen auszusprechen, so handele es sich um eine betriebliche Notlage, also um ein dringendes betriebliches Erfordernis i.S. des § 1 Abs. 2 KSchG, das der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehe. Die Kündigung sei daher für diesen Fall rechtswirksam, obwohl der Unternehmer ohne Grund von der Einigung oder dem Einigungsvorschlag abgewichen sei.

Diese Argumentation stellt einen Zirkelschluß dar. Gerade der Begriff, der bestimmt werden sollte, nämlich „dringende betriebliche Erfordernisse“, wird dabei in einem bestimmten Sinne verwandt, um das erwünschte Ergebnis zu erreichen. Es ist aber doch gerade fraglich, ob immer dann, wenn der Unternehmer genötigt ist, Kündigungen auszusprechen, von einem „dringenden betrieblichen Erfordernis“ i.S. des Kündigungsschutzgesetzes gesprochen werden muß.

¹⁾ Auffarth-Müller, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 201

²⁾ Auffarth-Müller a.a.O.

³⁾ vergl. statt aller Dietz Kom. z. BetrVerfG § 74 Anm. 16 und 17

⁴⁾ Auffarth-Müller, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 201 Rappenecker BB 1958 S. 49

Auch soweit behauptet wird, § 74 BetrVerfG setze geradezu die Rechtswirksamkeit der Kündigung voraus, falls der Unternehmer zur Kündigung genötigt sei, kann dieser Meinung nicht gefolgt werden.

Es widerspräche auch der h.M. anzunehmen, daß § 74 BetrVerfG neben den Kündigungsgründen des § 1 KSchG einen weiteren, den des „Genötigtseins“ setzen wollte¹⁾. Gleichzeitig würde aber die Formulierung „rechtswirksame Kündigung“ in § 74 BetrVerfG weitgehend gegenstandslos. Sie bezöge sich bei einer solchen Auslegung lediglich auf die Gruppe von Arbeitnehmern, bei denen neben den Bedingungen des Kündigungsschutzgesetzes noch weitere Voraussetzungen für eine wirksame Kündigung erforderlich sind²⁾ oder denen während einer bestimmten Zeit überhaupt nicht gekündigt werden kann³⁾ sowie auf die Frage, ob der Arbeitgeber die richtige soziale Auswahl getroffen hat⁴⁾.

Eine solche Absicht des Gesetzgebers kann jedoch nicht einfach unterstellt werden. Dies vor allen Dingen dann nicht, wenn man mit der h.M. davon ausgeht, daß die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes durch das Betriebsverfassungsgesetz nicht berührt werden, eine Tatsache, die auf Grund des § 66 Abs. 2 BetrVerfG⁵⁾ und der weiteren Geltung des Kündigungsschutzgesetzes dem Betriebsverfassungsgesetz nicht gelehnet werden kann⁶⁾.

§ 74 BetrVerfG kann somit zur Stützung der Behauptung, Unternehmerentscheidungen seien nicht nachprüfbar, nicht herangezogen werden.

3. Keine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen bei Massenentlassungen (§§ 15 — 20 KSchG)

Zur Stützung der Meinung, Unternehmerentscheidungen seien nicht nachprüfbar, wird weiterhin vorgebracht, daß, wenn der Gesetzgeber schon eine Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen gewollt habe, dies zumindest in den §§ 15 — 20 KSchG hätte zum Ausdruck kommen müssen, was jedoch nicht geschehen sei⁷⁾.

Die §§ 15 — 20 KSchG geben dem Staat durch das Tätigwerden der Arbeitsämter eine Möglichkeit, bei Massenentlassungen den Arbeitsmarkt durch eine Sperrfrist kurzfristig zu entlasten⁸⁾. Sinn dieser Vorschrift ist somit nicht der Schutz des einzelnen Arbeitsplatzes, sondern Regulierung des

¹⁾ der Gesetzgeber hat gerade die in § 81 des Regierungsentwurfs zum BetrVerfG-DruckS d. BT Nr. 1546 v. 31. 10. 1950 — enthaltene Koppelung zwischen KSchG und BetrVerfG abgelehnt.

²⁾ vergl. z. B. § 14 des SchwerbeschG

³⁾ vergl. § 9 des Mutterschutzgesetzes

⁴⁾ § 1 Abs. 3 KSchG

⁵⁾ § 66 Abs. 1 BetrVerfG lautet:

„Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören.“

§ 66 Abs. 3 lautet:

„Die Bestimmungen des KSchG vom 10. August 1951 (BGBl I S. 499) bleiben unberührt“

⁷⁾ vergl. Hueck, Kom. z. KSchG Einl. III c

⁸⁾ Rappenecker, BB 1958 S. 49

⁹⁾ Hueck, Kom. z. KSchG Vorb. II zu § 15 ff; Herschel-Steinmann, Kom. z. KSchG Vorb. Anm. 2 zu § 15; Bührig-Wittholz-Paulsen, Kom. z. KSchG Vorb. § 15 Anm. 5;

Arbeitsmarktes. Die Wirksamkeit der einzelnen Kündigung bleibt völlig unberührt durch diese Maßnahme. Selbst wenn das Arbeitsamt von den Rechten des § 16 Abs. 2 KSchG keinen Gebrauch macht und sogar eine rückwirkende Entlassungsgenehmigung erteilt (§ 16 Abs. 1 KSchG), kann dennoch im Kündigungsschutzverfahren von dem betroffenen Arbeitnehmer geltend gemacht werden, „dringende betriebliche Erfordernisse“ bedingten seine Kündigung nicht¹⁾.

Der eigentliche Kündigungsschutz des Arbeitnehmers wird somit nicht durch die Regelungen der §§ 15 — 20 KSchG berührt. Für die Auslegung des § 1 Abs. 2 KSchG können diese Vorschriften nicht herangezogen werden.

Darüberhinaus ergibt sich aus Sinn und Zweck der §§ 15 ff KSchG, daß es bei ihrer Anwendung nicht darauf ankommen kann, ob eine fehlerhafte oder eine richtige Unternehmerentscheidung vorliegt. Diese Frage ist für die Situation des Arbeitsmarkts nicht entscheidend. Auch wenn richtiges Unternehmerhandeln zu Massenentlassungen führt, kann die Lage auf dem Arbeitsmarkt eine Entlassungssperre (§ 16 Abs. 2 KSchG) notwendig erscheinen lassen. Allein diese Frage — die Lage auf dem Arbeitsmarkt — hat das Arbeitsamt zu prüfen und seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Für eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen ist daher nach Sinn und Zweck der §§ 15 — 20 KSchG in diesen Vorschriften weder Raum noch Anlaß.

4. Unternehmerrisiko setzt Freiheit der Unternehmerentscheidung voraus

Nicht zuletzt wird vorgebracht, dem Unternehmerrisiko entspreche notwendigerweise die Freiheit — und damit die Nichtnachprüfbarkeit — der Unternehmerentscheidung²⁾.

Richtig ist an diesem Vorbringen, daß der Unternehmer das Risiko seiner wirtschaftlichen Betätigung trägt. Gerade diese Tatsache macht ihn überhaupt erst zum Unternehmer, da — wie Koenigs es ausdrückt³⁾ — die Legitimation zur Unternehmerfunktion der Übernahme des wirtschaftlichen Risikos folgt.

Eine Erhöhung des Betriebsrisikos würde nur dann eintreten, wenn die Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen eine Sanktionierung wirtschaftlicher Betriebsführung bedeutete. Das ist jedoch nicht der Fall. Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen heißt vielmehr Anerkennung wirtschaftlicher Betriebsführung und Kontrolle unwirtschaftlichen Vorgehens zu Lasten der Arbeitnehmer⁴⁾.

¹⁾ vergl. Angaben zu Fußnote 8 S. 63

²⁾ Rappenecker, BB 1958 S. 49

³⁾ Grundsatzfragen S. 42

⁴⁾ vergl. dazu auch unten S. 93 ff

Durch eine solche Nachprüfung wird das Unternehmerisiko nicht unzulässig erhöht.

Geht man davon aus, daß der Unternehmer in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber verpflichtet ist, alles zu tun, um die Arbeitsplätze seiner Arbeitnehmer zu erhalten, soweit dies wirtschaftlich sinnvoll und möglich ist, so bedeutet der Abschluß eines Arbeitsvertrages für den Arbeitgeber immer eine Bindung, eine „soziale Hypothek¹⁾“, keinesfalls jedoch eine Erhöhung seines Betriebsrisikos²⁾.

5. Unfähigkeit der Gerichte, Unternehmerentscheidungen nachzuprüfen

Hand in Hand mit diesem Argument geht die Behauptung, die Gerichte seien überhaupt nicht in der Lage, eine Unternehmerentscheidung auf ihre wirtschaftliche oder organisatorische Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen³⁾.

Übersehen wird dabei, daß der Gesetzgeber im Rahmen des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts den Gerichten diese Aufgabe zuweist. Bei der Prüfung, ob der Unternehmer aus „zwingenden Gründen“ von der Einigung oder dem Einigungsvorschlag abgewichen ist (§ 74 BetrVerfG), hat das Gericht die Notwendigkeit der abweichenden Unternehmermaßnahme nachzuprüfen⁴⁾.

Daneben geben § 72 Abs. 1 lit. d und e BetrVerfG i. Verb. mit § 82 Abs. 1 lit. i BetrVerfG und § 2 Abs. 1 Ziff. 4 lit. 1 AGG dem Gericht für Arbeits-sachen eine Nachprüfungsmöglichkeit und sogar Nachprüfungspflicht hinsichtlich der Voraussetzungen einer Unternehmerentscheidung.

Bei einem Streit darüber, ob die Voraussetzungen des § 72 Abs. 1 BetrVerfG vorliegen, ob also der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht hat, entscheidet das Gericht z. B., ob eine Änderung des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen offensichtlich auf einer Veränderung der Marktlage beruht oder ob die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden offensichtlich dem technischen Fortschritt entspricht oder dient. Entscheidungen also, die sowohl wirtschaftliche als auch technische und organisatorische Zweckmäßigkeit einer Unternehmerentscheidung zum Gegenstand haben.

¹⁾ Reinhardt, Deutscher Juristentag 1951 B / 34

²⁾ würde man auch bei unwirtschaftlicher Führung des Betriebes und dadurch bedingter Kündigungen die Kündigung zulassen, so würde tatsächlich der AN das Betriebsrisiko für diesen Fall tragen.

³⁾ vergl. Rappenecker, BB 1958 S. 50; Hueck Kom. z. KSchG § 1 Anm. 36; Galperin, BB 1954 S. 1117; Hörnig, RdA 1955 S. 133 Heimeier, Betr. 1955 S. 1118

⁴⁾ vergl. oben S. 46

6. Unmöglichkeit, getroffene Unternehmermaßnahmen rückgängig zu machen

Eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen wird auch deshalb abgelehnt, weil die einmal getroffene Entscheidung, soweit sie bereits durchgeführt worden sei, Dritten gegenüber nicht mehr rückgängig gemacht und die Vornahme bestimmter Maßnahmen gegenüber dem Unternehmer nicht durchgesetzt werden könne¹⁾.

Soweit das erste Argument in Frage steht, wird dabei verkannt, daß es auf die Rechtswirkungen einer Unternehmerentscheidung nicht ankommt. Selbst wenn, was unbedingt anzunehmen ist, nach außen alle Rechtswirkungen einer Unternehmermaßnahme bestehen bleiben, ist damit noch nicht zugleich gesagt, daß diese Unternehmerentscheidung und die durch sie geschaffene betriebliche Situation Grundlage einer Kündigung in jedem Falle sein könne. Es ist sehr gut denkbar, daß unter bestimmten Voraussetzungen eine Unternehmerentscheidung und ihr Erfolg zwar nach außen, im Verhältnis zu Dritten, rechtliche Wirkungen hat, trotzdem jedoch die dadurch getroffenen Maßnahmen nicht Grundlage einer „betriebsbedingten Kündigung“ sein können. Die Freiheit des Unternehmers, nach außen rechtsverbindlich zu handeln, führt noch nicht dazu, eine Bindung im Innenverhältnis zu verneinen.

Auch die Tatsache, daß von dem Unternehmer ein bestimmtes Tun oder Unterlassen nicht erzwungen werden kann, spricht nicht für die Annahme, Unternehmerentscheidungen seien im Kündigungsschutzverfahren nicht nachprüfbar.

Soweit es sich um das Kündigungsschutzverfahren handelt, geht es nicht darum, dem Unternehmer ein bestimmtes Tun oder Unterlassen vorzuschreiben, sondern lediglich um die Frage, ob der Unternehmer jede selbst geschaffene Betriebssituation zur Grundlage einer Kündigung machen kann.

IV Kritik und Ablehnung der Theorie von der Vorteil- und Nachteilabwägung

Um nicht jede Unternehmerentscheidung als Faktum im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit von Kündigungen hinnehmen zu müssen, hat die h.M., und vor allen Dingen die Rechtsprechung, die Auffassung entwickelt, daß zwar grundsätzlich eine Unternehmerentscheidung auf ihre wirtschaftliche oder organisatorische Zweckmäßigkeit hin nicht nachprüfbar sei, das Gericht jedoch prüfen müsse, „ob der betriebliche Grund, der von dem Arbeitgeber vorgetragen werde, wichtig genug sei, um eine

¹⁾ Auffarth-Müller, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 202

Kündigung zu rechtfertigen¹“, ob die für den Betrieb zu erwartenden Vorteile zu den für den gekündigten Arbeitnehmer entstehenden Nachteilen in einem vernünftigen Verhältnis stehen²). Wird eine neue Maschine angeschafft, so soll der dadurch erhoffte Vorteil für den Betrieb in einem „rechten Verhältnis“ zu den für die betroffenen Arbeitnehmer entstehenden Härten stehen³).

Nun hängen aber Zweckmäßigkeit einer Unternehmerentscheidung und betrieblicher Vorteil, der durch diese Unternehmerentscheidung erreicht werden soll, untrennbar zusammen. Man wird wohl kaum eine Unternehmerentscheidung als wirtschaftlich zweckmäßig ansehen können, wenn durch sie ein betrieblicher Vorteil nicht erreicht wird oder sogar ein Nachteil für den Betrieb daraus erwächst.

Wenn das Gericht somit feststellen will, ob ein betrieblicher Vorteil zu erwarten war, so schließt eine solche Untersuchung zugleich die Feststellung ein, daß die Unternehmerentscheidung zu dem damaligen Zeitpunkt zweckmäßig war oder nicht.

In Wirklichkeit wird daher auch im Rahmen dieser Vorteil- Nachteil-Abwägung die Unternehmerentscheidung nachgeprüft⁴).

Eine Meinung, die die Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen verneint, müßte daher — konsequent durchgeführt — auch die Möglichkeit, betriebliche Vorteile und Arbeitnehmernachteile gegeneinander abzuwägen, ausschließen.

Selbst wenn man von der Inkonsequenz der Vorteil — Nachteiltheorie absieht, so bestehen doch gegen diese Meinung sowohl aus tatsächlichen als auch aus rechtlichen Gründen Einwände.

1. Unmöglichkeit, betrieblichen Vorteil und Arbeitnehmernachteil zu vergleichen

Bei einer Durchsicht der reichhaltigen Literatur und Rechtsprechung zu diesem Fragenkomplex läßt sich unschwer feststellen, auf welche tatsächlichen Schwierigkeiten eine solche Abwägung stößt.

Während bei der Frage der richtigen sozialen Auswahl⁵) des zu kündigenden Arbeitnehmers immerhin vergleichbare Größen gegenüberstehen — die soziale Situation der einzelnen Arbeitnehmer, Dauer der Betriebszugehörigkeit — fehlt eine solche Vergleichsbasis bei der Gegenüberstellung von betrieblichem Vorteil und sozialem Nachteil einer Maßnahme.

¹) BAG, Urteil vom 4. 1. 1960 AP Nr. 5 zu § 1 KSchG — Betr. 1960 S. 984 = BB 1960 S. 904

²) vergl. LAG Düsseldorf, Betr. 1952 S. 556 und S. 888; Betr. 1956 S. 1040; und BB 1960 S. 984; LAG Hamm, Betr. 1952 S. 536; BAG, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG = BB 1960 S. 904 = Betr. 1960 S. 984; Hueck, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 36/37; Kaufmann, NJW 1953 S. 1047; a.A. LAG Düsseldorf, BB 1953 S. 1044 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG und BB 1954 S. 717; Auffarth-Müller, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 204 Herschel-Steinmann, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 41

³) vergl. Angaben zu Fußnote 2

⁴) auf diese Inkonsequenz ist bereits wiederholt hingewiesen worden. Vergl. Rohlffing, Betr. 1953 S. 314; Joachim, BB 1954 S. 1116

⁵) § 1 Abs. 3 KSchG

Während der betriebliche Vorteil sich als Kostenfaktor niederschlägt und damit in einer Einheit ausdrückbar und bestimmbar wird, läßt sich auf der Arbeitnehmerseite nur wenig wirklich auf einen gleichen Nenner bringen. Die Differenz zwischen früherem und jetzigem Lohn, der Verlust von Anwartschaften und sozialen Vergünstigungen, Lohneinbußen, diese Tatbestände lassen sich einigermaßen genau bestimmen. Die Notwendigkeit, sich in einer neuen Umgebung einzuleben, die soziale und menschliche Depression, die mit jeder unfreiwilligen Kündigung verbunden ist, selbst wenn ein neuer Arbeitsplatz gefunden wird, Wohnortwechsel und damit möglicherweise verbundene Umschulung der Kinder, dies alles sind Nachteile — und oft viel einschneidendere als ein Lohnrückgang — die einfach nicht exakt in vergleichbaren Größen ausgedrückt werden können.

Bereits aus diesem Grunde bestehen daher gegen eine Vorteil- Nachteilabwägung ernste Bedenken. Von dieser Theorie werden zwei Größen verglichen, die auf verschiedenen Ebenen liegen und nicht auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden können.

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß in Wirklichkeit die Gerichte — die heute fast ausnahmslos diese Theorie vertreten¹⁾ — in Wirklichkeit eine Vorteil- Nachteilabwägung nicht vornehmen. Geprüft wird vielmehr lediglich, ob überhaupt ein betrieblicher Vorteil durch die Unternehmermaßnahme entstanden ist oder zu erwarten war. Ist dies zu bejahen, so liegt ein dringendes betriebliches Erfordernis, das die Kündigung sozial gerechtfertigt erscheinen läßt, vor.

Zu einer Abwägung zwischen dem betrieblichen Vorteil und den sozialen Nachteilen kommt es nicht mehr.

2. Unvereinbarkeit der Vorteil- Nachteiltheorie mit § 1 KSchG

Der Vorteil- Nachteiltheorie, die unter der Geltung des Betriebsrätegesetzes und des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit entwickelt wurde, ist aber auch durch die Neugestaltung des Kündigungsschutzes in § 1 KSchG die rechtliche Grundlage genommen worden.

Durch die grundsätzliche Unwirksamkeit einer sozial nicht gerechtfertigten Kündigung (§ 1 Abs. 1 KSchG) ist den die Kündigung sozial rechtfertigenden Gründen gegenüber den Kündigungsschutzvorschriften der §§ 84 BRG und 56 AOG, die lediglich eine Verurteilung auf Widerruf kannten, eine neue rechtliche Stellung zugewiesen worden.

Nach einem Urteil des LAG Stuttgart²⁾ soll „die Wirksamkeit der Kündigung von dem Kündigungsgrund bedingt werden wie der rechtsgeschäftliche Erfolg von dem Eintritt einer Parteibedingung“, zumindest müßten

¹⁾ vergl. Angaben zu Fußnote 2 S. 67. Lediglich das LAG Düsseldorf (BB 1953 S. 1044 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG und BB 1954 S. 717) hat — soweit ersichtlich — eine Vorteil- Nachteilabwägung abgelehnt.

²⁾ Urteil v. 15. 7. 1953 — II Sa 71/53, Leitsätze veröffentlicht in WA 1954 Nr. 217

aber die Kündigungsgründe als *conditio iuris*, als gesetzliche Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der Kündigung aufgefaßt werden¹⁾. Demgegenüber werden in Urteilen anderer Gerichte²⁾ die in § 1 Abs. 2 und 3 KSchG aufgestellten Voraussetzungen als Rechtfertigungsgründe einer Kündigung angesehen.

Der tiefere Grund für die letztere Meinung liegt darin, daß behauptet wird, durch die Kündigung werde in ein Recht des Arbeitnehmers eingegriffen. Dieses Recht des Arbeitnehmers wird dabei entweder in der Betriebszugehörigkeit³⁾ — einer mehr betriebsverfassungsrechtlichen Betrachtungsweise — oder aber in einem gesteigerten Bestandsschutz — dem Recht am Arbeitsplatz — gesehen⁴⁾.

Für eine Begründung des „Rechts am Arbeitsplatz“ aus der Betriebszugehörigkeit könnte angeführt werden, § 1 KSchG finde erst nach einer bestimmten Dauer des Beschäftigungsverhältnisses⁵⁾ und nur bei einer bestimmten Betriebsgröße⁶⁾ Anwendung.

Dagegen läßt sich jedoch anführen, daß die Voraussetzungen betriebsverfassungsrechtlicher Betrachtungsweise im Betriebsverfassungsgesetz niedergelegt sind und dort eine andere Ausgestaltung erfahren haben⁷⁾.

Darüberhinaus läßt sich aber auch ein solches Recht auf Betriebsgemeinschaftszugehörigkeit nicht mit dem Individualschutzcharakter des Kündigungsschutzgesetzes vereinbaren⁸⁾.

Die Zugehörigkeit zu einer Betriebsgemeinschaft gibt die im Betriebsverfassungsgesetz normierten Rechte auf Mitwirkung bei der Wahl des Betriebsrats, ein Recht auf Zugehörigkeit zu dieser Betriebsgemeinschaft wird jedoch weder im Kündigungsschutzgesetz, noch im Betriebsverfassungsgesetz normiert.

¹⁾ vergl. Fußnote 2 S. 68

²⁾ vergl. BAG, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG; AP Nr. 9, Nr. 18 und Nr. 20 zu § 1 KSchG; LAG Düsseldorf, AP Nr. 9 zu § 1 Abs. 2 KSchG.

³⁾ vergl. Herschel, RdA 1960 S. 121 ff mit weiteren Nachweisen

⁴⁾ so Neumann-Duesberg, BetrVerfG S. 343, Nipperdey in Schriftenreihe der BVerknigung der Deutschen Arbeitgeberverb. Heft 9 (1953); Blohm, RdA 1955 S. 303 f; Reuß, AcP Bd. 156 S. 90 ff; Wiedemann, RdA 1961 S. 1 f (S. 6); Bertele, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung S. 67 f; BAG (Großer Senat) AP Nr. 1 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf) = BB 1955 S. 412 f; BAG AP Nr. 10 zu Art 9 GG (Arbeitskampf)

⁵⁾ 6 Monate, vergl. § 1 Abs. 1 KSchG

⁶⁾ § 21 Abs. 1 Satz 2 KSchG bestimmt, daß das KSchG nur dann Anwendung findet, wenn in dem Betrieb mehr als 5 Arbeitnehmer — ausschließlich der Lehrlinge — in der Regel beschäftigt werden.

⁷⁾ §§ 6, 7, 8 BetrVerfG

⁸⁾ vergl. Fastenau, Die unwirksame Kündigung S. 18; Nikisch Lehrb. Bd. I S. 612; a. A. Maus Handbuch VI A S. 1 ff; nach Maus ist es erforderlich, von der individualrechtlichen Betrachtungsweise abzugehen und eine Hinwendung zum betriebsverfassungsrechtlichen Denken zu vollziehen; nach dem BetrVerfG sei aber die Betriebszugehörigkeit ein Grundrecht des Arbeitnehmers. Eine Kündigung greife nicht nur in die rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ein, sondern auch in die Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Belegschaft. Der Auffassung von Maus ist hinsichtlich der Regelung des § 13 KSchG zuzustimmen. Der besondere Kündigungsschutz, den § 13 KSchG Betriebsratsmitgliedern gewährt, findet seinen alleinigen Grund in dem Verhältnis von Betriebsrat und Belegschaft. Durch eine Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes werden in der Regel die Interessen der Belegschaft berührt. Im übrigen steht jedoch bei einer Kündigung das Interesse des betroffenen Arbeitnehmers im Vordergrund. So mit Recht Fastenau, a.a.O. S. 18. Eine Stütze findet diese Meinung von Fastenau auch in § 2 KSchG. Gemäß § 2 KSchG kann der AN zwar gegen eine Kündigung Einspruch bei dem Betriebsrat einlegen, braucht es aber nicht zu tun. Die Hinzuziehung des Betriebsrats liegt somit völlig im Belieben des AN. Vergl. aber andererseits die Begründung zum RegEntw. des KSchG, BanZ 1951 Nr. 193 S. 7, wo von einem Recht auf Betriebszugehörigkeit gesprochen wird.

Folgte man der anderen Meinung, das „Recht am Arbeitsplatz fließe unmittelbar aus dem gesteigerten Bestandsschutz des § 1 KSchG und sei als sonstiges Recht i. S. des § 823 BGB anzusehen¹⁾, so wäre es nur konsequent, die in § 1 Abs. 2 und 3 KSchG aufgestellten Voraussetzungen als Rechtfertigungsgründe hinsichtlich eines Eingriffs in dieses Recht anzusehen. Im deliktischen Bereich, in dem die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit indiziert, hat der Rechtfertigungsgrund seinen Platz.

Die Kündigung ist aber als Gestaltungsrecht²⁾ ein nur im Rahmen eines Rechtsverhältnisses denkbare Endigungsmittel gerade dieses Rechtsverhältnisses. Als solches ist die Kündigung selbst an bestimmte Voraussetzungen gebunden, die erfüllt sein müssen, damit eine rechtswirksame Kündigung vorliegt, die allein eine Gestaltungswirkung erzeugt und dadurch in das Rechtsverhältnis eingreift.

In der Regel handelt es sich dabei um formelle Voraussetzungen wie Zeit und Form der Kündigung. Die Zulässigkeit einer Kündigung kann jedoch auch von sachlichen Voraussetzungen abhängig gemacht werden, von einem „wichtigen Grund“, der „Stilllegung des Betriebes“ oder aber von „dringenden betrieblichen Erfordernissen“, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen.

Während daher bei einem Eingriff in ein Recht am Arbeitsplatz zunächst eine rechtswirksame Kündigung vorliegen müßte, um überhaupt tatbestandsmäßig von einem Eingriff in dieses Recht sprechen zu können, wird bei der sozial ungerechtfertigten Kündigung des § 1 KSchG bereits die Wirkung des Rechtsgeschäfts „Kündigung“ auf das Arbeitsverhältnis verneint.

Aus dieser völligen Verschiedenheit von Rechtfertigungsgrund und Wirksamkeitsvoraussetzung, was bereits ihre Ansatzpunkte betrifft, folgt, daß das Vorliegen der in § 1 Abs. 2 und 3 KSchG aufgestellten Merkmale als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung anzusehen ist. Der Auffassung, es handele sich um Rechtfertigungsgründe, kann daher nicht gefolgt werden³⁾.

Während § 84 BRG und § 56 AOG „Rechtfertigungsgründe“ einer Kündigung aufstellten, von deren Vorliegen unabhängig die Kündigung wirksam war und lediglich eine Verurteilung des Arbeitgebers auf Widerruf der Kündigung erfolgte, ist den Merkmalen des § 1 Abs. 1 und 2 KSchG eine andere rechtliche Stellung zugewiesen worden. Sie stellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Kündigung dar. Aus diesem Grunde erfolgt bei ihrem Fehlen auch keine Verurteilung auf Widerruf der Kündigung, sondern die gerichtliche Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden sei⁴⁾.

¹⁾ vergl. Angaben zu Fußnote 4 S. 69

²⁾ vergl. Molitor, Die Kündigung, S. 2

³⁾ Nicht ganz schuldlos an der Formulierung „Rechtfertigungsgrund“ ist sicherlich der Gesetzestext des § 1 KSchG, der von „sozial ungerechtfertigt“ spricht.

⁴⁾ § 3 KSchG

Daneben ist im Gegensatz zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und dem Betriebsrätegesetz, die das Einspruchsrecht des Arbeitnehmers von dem Vorliegen einer „unbilligen Härte“ abhängig machten¹⁾, nicht nur der Begriff der „unbilligen Härte“ nicht mehr in § 1 KSchG enthalten, sondern darüberhinaus auch eine Objektivierung der Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Kündigung eingetreten.

Der Gesetzgeber hat bewußt den Begriff der „unbilligen Härte“ nicht wieder verwandt, und die Wirksamkeit einer Kündigung allein und ausschließlich von Gründen, die in der betrieblich arbeitgeberischen Sphäre liegen, abhängig gemacht. Damit hat der Gesetzgeber selbst zwar eine Interessenabwägung vorgenommen, deren Ergebnis die Formulierung des § 1 Abs. 2 KSchG ist; soweit es sich um das Verhältnis von Arbeitgeberinteressen und Arbeitnehmerinteressen hinsichtlich einer Kündigung handelt, läßt diese vorweggenommene Abwägung eine erneute Abwägung der gegenseitigen Interessen im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG nicht mehr zu²⁾.

Man kann auch nicht annehmen, daß der Gesetzgeber, indem er von „dringenden betrieblichen Erfordernissen“ spricht, nur eine andere Formulierung wählte, die sich jedoch inhaltlich mit dem Begriff der „unbilligen Härte“ decken sollte. Die Tatsache, daß der Gesetzgeber einen Interessenausgleich im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG — bei der Frage der sozialen Auswahl — vorschreibt, zeigt, daß sehr wohl bei der Schaffung des Kündigungsschutzgesetzes diese Möglichkeit der Interessenabwägung gesehen wurde.

Wenn trotzdem § 1 Abs. 2 KSchG nur von „dringenden betrieblichen Erfordernissen“ spricht, so ergibt sich daraus, daß der Gesetzgeber im Rahmen dieser Vorschrift eine Prüfung unter Zuhilfenahme einer Interessenabwägung nicht zulassen wollte³⁾.

Wann von einem „dringenden betrieblichen Erfordernis“ gesprochen werden muß, kann sich daher nicht aus einem Vergleich zwischen dem Vorteil des Betriebes und dem Nachteil des gekündigten Arbeitnehmers ergeben. Der Nachteil des Arbeitnehmers bildet in dieser Relation immer eine konstante Größe.

Mit dem Fortfall des Begriffs der „unbilligen Härte“ ist auch der Möglichkeit, im Rahmen des § 1 KSchG eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt

¹⁾ vergl. § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG und § 56 Abs. 1 AOG

²⁾ vergl. auch Begründung des RegEntw. z. KSchG, BanZ 1951 Nr. 193 S. 8 B „die Unterscheidung zwischen AOG und BRG einerseits und KSchG andererseits liegt darin, daß, wenn die in § 1 Abs. 2 KSchG genannten Gründe nicht vorliegen, der Schutz des Gesetzes eintritt, ohne daß es zu einer Interessenabwägung kommt.“

³⁾ Daß dem Gesetzgeber die Möglichkeit der Interessenabwägung bekannt war, ergibt sich auch aus § 18 Abs. 3 KSchG: „Der Ausschuß hat sowohl das Interesse des Arbeitgebers als auch das der zu entlassenden Arbeitnehmer, das öffentliche Interesse und die Lage des gesamten Arbeitsmarkts . . . zu berücksichtigen.“ Entgegen anderer Vorschriften der §§ 15 ff KSchG, die bereits in der StilllegungsVO v. 8. 11. 1920 und später in § 20 AOG ihre Vorläufer hatten und nur in das KSchG übernommen wurden, hat § 18 KSchG in dem früheren Recht kein Vorbild.

der Vorteil- Nachteilrelation vorzunehmen, die rechtliche Grundlage genommen¹⁾. Diese Theorie verstößt — wie sich aus dem oben Ausgeführten ergibt — gegen den Grundgedanken und die eigentliche Neuerung unseres heutigen Kündigungsschutzgesetzes.

Hueck²⁾ führt dagegen an, daß — obgleich der Begriff der „unbilligen Härte“ vom Kündigungsschutzgesetz nicht übernommen worden sei — im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes eine Abwägung der Interessen des Betriebes mit denen des gekündigten Arbeitnehmers deshalb erforderlich sei, weil das Kündigungsschutzgesetz gegenüber dem früheren Recht „keine Beschränkung sondern eine Erweiterung des Kündigungsschutzes gebracht habe. Von dringenden betrieblichen Erfordernissen könne man schwerlich sprechen, wenn die Rationalisierungsmaßnahme nach der eigenen Ansicht des Arbeitgebers keinen ins Gewicht fallenden Vorteil bringe³⁾.“

Den Ausführungen von Hueck⁴⁾ ist zuzustimmen, soweit es um die Frage geht, ob das Kündigungsschutzgesetz mehr oder weniger Kündigungsschutz gebracht hat. Zuzustimmen ist dieser Argumentation auch insoweit, als angenommen wird, eine Rationalisierungsmaßnahme, die keinen Vorteil für den Betrieb bringe — wobei schon fraglich ist, ob hier überhaupt von Rationalisierung gesprochen werden kann — könne nicht als „dringendes betriebliches Erfordernis angesehen werden. Gerade das tut diese Meinung aber. Nach der h.M. ist nämlich unter „dringenden betrieblichen Erfordernissen“ eine gewisse Notlage zu verstehen, die es unmöglich mache, den betroffenen Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen⁵⁾. Entscheidend ist demnach die betriebliche Situation zur Zeit der Kündigung, wenn also die arbeitssparende Maschine aufgestellt ist und eine andere Arbeitsmöglichkeit nicht mehr besteht. Zu einer Prüfung, ob dem Betrieb durch die Anschaffung einer Maschine ein Vorteil entsteht, kommt es überhaupt nicht. Diese Frage wird erst aufgeworfen, wenn feststeht, daß ein „dringendes betriebliches Erfordernis“ vorliegt.

Beispielhaft für dieses Vorgehen ist die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 4. 2. 1960⁶⁾:

Das Bundesarbeitsgericht führt zunächst aus, daß die durch die Behörde getroffene Maßnahme „an sich dringenden betrieblichen Erfordernissen i. S. von § 1 Abs. 2 KSchG“ entsprechen könne. Trotzdem dürften die Kündigungen jedoch nicht ohne weiteres als sozial gerechtfertigt angesehen werden, da „selbst bei betrieblichem Grund nachgeprüft werden müsse, ob der Grund auch wichtig genug sei, um eine Kündigung wirklich zu rechtfertigen.“

¹⁾ zust. Auffarth-Müller, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 204; Herschel-Steinmann, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 41a und 45; Nikisch, Lehrb. I § 51 V 4 (S. 623); Kunkel, NJW 1953 S. 499; Kauffmann, NJW 1953 S. 1047

²⁾ Kom. z. KSchG § 1 Anm. 37

³⁾ Hueck a.a.O.

⁴⁾ a.a.O.

⁵⁾ vergl. oben S. 59 f

⁶⁾ veröffentlicht in AP Nr. 5 zu § 1 KSchG = Betr. 1960 S. 984

Das Gericht prüft hier nicht etwa die Unzulässigkeit einer Kündigung unter allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten — §§ 138, 242 BGB — sondern bejaht einerseits im Rahmen einer Prüfung nach § 1 Abs. 2 KSchG das Vorliegen „dringender betrieblicher Erfordernisse“, läßt dies andererseits jedoch für eine Kündigung nicht genügen, sondern stellt eine weitere Voraussetzung auf, daß nämlich der betriebliche Grund „wichtig genug sein müsse“. Eine solche Voraussetzung kennt aber § 1 KSchG nicht. Durch diese Rechtsprechung wird neben den übrigen Voraussetzungen des § 1 KSchG — so wie sie von der h.M. interpretiert werden — eine weitere Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung aufgestellt.

Im Grunde handelt es sich dabei aber um nichts anderes, als um eine unausgesprochene Fortführung der gesetzlichen Regelung des § 56 AOG; um die Prüfung, ob eine Kündigung eine „nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstellt.“

Folgte man der Meinung von Hueck — und damit der h.M. — so käme man bei der Auslegung des § 1 Abs. 2 KSchG hinsichtlich der „betriebsbedingten Kündigung“ doch wieder zu dem Begriff der unbilligen Härte.

3. Zusammenfassung

Als Ergebnis einer Auseinandersetzung mit der Vorteil- Nachteiltheorie kann festgestellt werden:

1. Eine Abwägung zwischen betrieblichem Vorteil und sozialem Nachteil des gekündigten Arbeitnehmers setzt eine Nachprüfung der zur Kündigung führenden Unternehmerentscheidung auf ihre wirtschaftliche Zweckmäßigkeit hin voraus.
2. Selbst wenn man dieser Form der Nachprüfung einer Unternehmerentscheidung zustimmt, scheitert eine Durchführung dieser Theorie jedoch an ihrer Unvereinbarkeit mit dem rechtlichen Aufbau des § 1 KSchG.

V. Das Kündigungsschutzgesetz und das Verbot rechtsmißbräuchlicher Kündigungen

1. § 1 KSchG als Konkretisierung von Treu und Glauben (§ 242 BGB)

Aus der Unzulässigkeit einer Vorteil- Nachteilabwägung und der Behauptung, Unternehmerentscheidungen seien nicht nachprüfbar, folgern Kunke¹⁾, Auffarth-Müller²⁾, Steinmann-Herschel³⁾ und Nikisch⁴⁾, § 1 KSchG habe nur willkürliche Kündigungen verhindern wollen.

¹⁾ NJW 1953 S. 499

²⁾ Kom. z. KSchG § 1 Anm. 204

³⁾ Kom. z. KSchG § 1 Anm. 41a und 45

⁴⁾ Lehrb. I § 51 V 4 (S. 623)

Damit befinden sich diese Autoren in Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung in Literatur, die den Standpunkt eingenommen hat, § 1 Abs. 2 KSchG konkretisiere lediglich den Gedanken von Treu und Glauben im Arbeitsrecht¹⁾.

Die Konsequenz dieser Meinung ist, daß, soweit § 1 KSchG Anwendung findet, § 242 BGB als *lex generalis* ausgeschlossen ist. Arbeitnehmer, die dem Kündigungsschutzgesetz nicht unterstehen, können eine Kündigung aber ebenfalls nicht aus Gründen, die die Sozialwidrigkeit i. S. des § 1 KSchG begründen würden, als gegen § 242 BGB verstoßend angreifen, da sonst diese Arbeitnehmer „gegen den Willen des Gesetzgebers“ denen des Kündigungsschutzgesetzes gleichgestellt würden²⁾.

2. Unterscheidung zwischen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Kündigung und dem Verstoß einer Kündigung gegen Treu und Glauben

Die Anwendbarkeit von § 242 BGB setzt das Bestehen eines Kündigungsrechts voraus. Bevor überhaupt die Frage geprüft werden kann, ob die Ausübung eines Kündigungsrechts gegen Treu und Glauben verstößt, muß zunächst feststehen, ob überhaupt eine im übrigen rechtswirksame Kündigung vorliegt. Fehlt es bereits an einer Wirksamkeitsvoraussetzung, an einem „dringenden betrieblichen Erfordernis“, so fehlt es damit auch bereits an einem Kündigungsrecht, dessen Ausübung gegen Treu und Glauben verstoßen könnte. Erst wenn feststeht, daß ein Kündigungsrecht besteht, daß also eine sozial gerechtfertigte Kündigung vorliegt, kann geprüft werden, ob die Ausübung des Kündigungsrechts in dem konkreten Fall gegen § 242 BGB verstößt.

So kann z. B. die rechtswidrige und schuldhaftige Nichtanhörung des Betriebsrats vor einer Kündigung diese als treuwidrig erscheinen lassen, selbst wenn dringende betriebliche Erfordernisse die Kündigung bedingen³⁾.

Die Kündigung zur Unzeit oder eine andere rechtsmißbräuchliche Geltendmachung eines an sich gerechtfertigten Kündigungsrechts kann gegen Treu und Glauben verstoßen.

¹⁾ aus der Rechtsprechung vergl. BAG in NJW 54 S. 1702; NJW 1955 S. 1374; = Betr. 1955 S. 755; = BB 1955 S. 733; NJW 1960 S. 67 = Betr. 1959 S. 1375 = BB 1959 S. 1249; LAG Bremen, BB 1953 S. 31; LAG Düsseldorf, Betr. 52 S. 868 aus der Literatur vergl. Monjau, Betr. 1951 S. 743; Bührig, RdA 1955 S. 266; Osthold, ArbG 1955 S. 486; Dietz NJW 1951 S. 944; Siebert, BB 1952 S. 523 unter II 1a vergl. aber auch ders. in BB 1960 S. 1030; Erdmann, Kom. z. KSchG S. 31; Bührig-Witthold-Paulsen, Kom. z. KSchG § 21 Anm. 9; Hueck, Kom. z. KSchG Einl. III 6a (S. 38); a.A. Böttcher, MDR 1952 S. 262 f. (263). Eine Stütze findet diese Meinung in der Begründung zum Regierungsentw. eines KSchG, BAzn 1951 Nr. 193 S. 8 B „Die Kündigung wird als ein Treu und Glauben widersprechender Mißbrauch des Kündigungsrechts angesehen.“

²⁾ vergl. dazu Hueck, a.a.O. Einl. III 6 a (S. 38 f)

³⁾ vergl. Urteil des BAG vom 15. 9. 1954, AP Nr. 1 zu § 66 BetrVerfG mit zust. Anm. v. Hueck. Das BAG behandelt in dieser Entscheidung lediglich den Fall, daß ein dem KSchG unterstehendes Arbeitsverhältnis ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats gekündigt wird. In einer Kündigung eines Arbeitnehmers, der nicht unter KSchG fällt ohne Anhörung des Betriebsrats sieht das BAG (AP Nr. 34 zu § 1 KSchG) keinen Verstoß gegen § 242 BGB. M.E. zu Unrecht, da es sich in beiden Fällen nur um eine Wirkung des § 66 BetrVerfG handelt.

Damit bleibt jedoch § 1 KSchG bei der Bestimmung des Inhalts von Treu und Glauben ganz aus dem Spiel. Negativ kann höchstens gesagt werden, daß § 242 BGB nicht die Merkmale des § 1 KSchG umfaßt, da sonst die nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallenden Arbeitnehmer über eine Anwendung des § 242 BGB so gestellt würden, als fände das Kündigungsschutzgesetz auch auf sie Anwendung.

3. Den Merkmalen des § 1 KSchG kommt keine differenzierende Kraft im Rahmen des § 242 BGB zu

Darüberhinaus mangelt es aber auch den Anwendungsvoraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes¹⁾ im Rahmen des § 242 BGB an einer differenzierenden Kraft²⁾. Das Bundesarbeitsgericht³⁾ führt zwar aus, es sei mit § 242 BGB sehr wohl vereinbar, wenn § 1 Abs. 2 KSchG den Schutz des Arbeitsplatzes von einer bestimmten Mindestdauer der Betriebs- oder Unternehmenszugehörigkeit abhängig mache und damit eine „Verdichtung“ der Beziehungen als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes aufstellte.

Das mag zutreffen, soweit ein Arbeitnehmer zwar grundsätzlich unter das Kündigungsschutzgesetz fallen würde, er also sowohl das 20te Lebensjahr vollendet hat, als auch in einem Betrieb tätig ist, der in der Regel mehr als 5 Arbeitnehmer beschäftigt, jedoch noch nicht 6 Monate dem Betrieb oder Unternehmen angehört. In einem solchen Fall kann die „Verdichtung der Beziehungen“ ausschlaggebend für die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit von § 242 BGB sein. Anders liegt der Fall aber dann, wenn bei gleich langer Betriebszugehörigkeit dem einen Arbeitnehmer § 242 BGB in Form der Sonderregelung des § 1 KSchG Kündigungsschutz gewährt, während bei dem anderen Arbeitnehmer, weil er in einem Betrieb von nur 4 Arbeitnehmern beschäftigt ist, der sonst gleiche Tatbestand nicht als Verstoß gegen Treu und Glauben angesehen wird.

Betriebsgröße und Alter des Arbeitnehmers können im Rahmen des § 242 BGB nicht schematisch gewertet werden.

Ein Blick in die parlamentarische Auseinandersetzung um die Frage, nach welcher Dauer der Betriebszugehörigkeit das Kündigungsschutzgesetz Anwendung finden solle⁴⁾, zeigt überdies, daß dieses Merkmal nicht unter dem Blickwinkel der „Verdichtung“ der Beziehungen gesehen wurde⁵⁾.

¹⁾ der Arbeitnehmer muß das 20. Lebensjahr vollendet haben und 6 Monate in einem Betrieb, der mehr als 5 Arbeitnehmer beschäftigt, tätig sein.

²⁾ vergl. Weber in Staudinger, Kom. z. BGB II Teil I b § 242 A 695

³⁾ NJW 1960 S. 67 ff

⁴⁾ vergl. 156. Sitzung des BT, Sitzungsprotokolle S. 6210 ff und 159. Sitzung des BT, Sitzungsprotokolle S. 6357 ff

⁵⁾ vergl. Angaben zu Fußnote 4

Die vorgeschlagene Dauer der Betriebszugehörigkeit schwankte zwischen 3 bis 12 Monaten. Ausschlaggebend war nicht die Frage, ab wann der Arbeitnehmer geschützt werden müsse, sondern ab wann der Arbeitnehmer geschützt werden könne. Interessen der Industrie sprachen nämlich dafür, einen Spielraum von einigen Monaten zu geben, um dem Arbeitgeber die Möglichkeit zu verschaffen, an Hand einer Beobachtung der tatsächlichen Arbeitsleistung zu entscheiden, ob der Arbeitnehmer für den Betrieb geeignet sei oder nicht. Das Probearbeitsverhältnis wurde auf diese Weise ermöglicht¹⁾.

Der Gesetzgeber hätte sich daher auch für eine Betriebszugehörigkeit von 3 Monaten entscheiden können.

Selbst die Dauer der Betriebszugehörigkeit kann somit im Rahmen solch kurzer Zeiträume wie 3 und 6 Monate nicht als entscheidendes Abgrenzungskriterium innerhalb des § 242 BGB angesehen werden.

4. Unterscheidung zwischen Rechtsmißbrauch und Kündigungsschutz

Mit Recht führt Böttcher aus:

„Denkt man das Kündigungsschutzgesetz weg, so bleibt vom Standpunkt des BGB aus auch die egoistische und nur von den eigenen Interessen diktierte Rechtsausübung noch zulässig²⁾.“

Zu der Verwischung der Grenzen zwischen § 1 KSchG und den Voraussetzungen des § 242 BGB ist es nicht zuletzt dadurch gekommen, daß durch die Aufhebung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit nach 1945 die Gerichte der britischen Zone in einer erkannten, aber durch die Gesetzeslage notwendigen Ausweitung des § 242 BGB den Rechtszustand des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit fortsetzten. Die damalige Rechtsprechung ging unter Zustimmung der Lehre davon aus, daß eine Kündigung immer dann rechtsmißbräuchlich i. S. von § 242 BGB sei, wenn der Arbeitgeber unter Mißachtung der sozialen Tatbestände Kündigungen aussprach, ohne daß diese aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers oder aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt waren³⁾. Das Alter des Arbeitnehmers, die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit oder die Betriebsgröße waren dabei nur im Rahmen der Einzelabwägung beachtlich.

¹⁾ Es ist daher nur konsequent, wenn bei einer verhältnismäßig langen Aussetzung der Arbeit während der ersten 6 Monate diese Verhinderungszeit in die 6 Monate nicht eingerechnet wird, „da andernfalls der Zweck der Wartezeit, den Arbeitnehmer zu erproben, nicht erreicht würde“, Hueck, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 20; Dietz, NJW 1951 S. 942; Diekhoff, BB 1959 S. 561; Auffarth-Müller, Kom. z. KSchG Anm. 157 zu § 1; a.A. Herschel-Steinmann, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 32; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht S. 227; Nikisch, Lehrb. I S. 616; Vogt, BB 1956 S. 823

²⁾ Böttcher in MDR 1952 S. 263; zur Unterscheidung von Verfolgung eigener Interessen und Rechtsmißbrauch vergl. auch Wieacker, Präzisierung S. 34, 35

³⁾ vergl. LAG Stuttgart, RdA 1949 S. 34; BB 1954 S. 717; LAG Hamm NJW 1947 S. 318; LAG Bremen, ArbRPrax. 1950 Nr. 212; RdA 1948 S. 193; LAG Hannover ArbRPrax 1951 Nr. 136; LAG Frankfurt/Main, Betr. 1949 S. 312; AP 1950 Nr. 15; Nr. 120; LAG Hamburg, RdA 1948 S. 116; RdA 1949 S. 423; LAG Kiel, AP 1950 Nr. 121; zust. zu dieser Rechtsprechung: Hueck, SJZ 1947 S. 609 ff.; Hueck a.a.O. vertrat jedoch die Auffassung, daß § 242 BGB nur dann Anwendung fände, wenn — in Anlehnung an §§ 57, 58 AOG — mit einer sozialwidrigen Kündigung nicht zugleich eine entsprechende Abfindungssumme angeboten werde; vergl. auch Galperin, BB 1948 S. 305 ff.; Müller DRZ 1948 S. 112 ff., Gutachten des BB 1947 S. 102 ff.

Diese, aus der gesetzlichen Situation geborene und allein aus dieser gerechtfertigte Erweiterung des § 242 BGB hat ihre Berechtigung nach der Schaffung des Kündigungsschutzgesetzes verloren. Die Anwendung des § 242 BGB muß nunmehr auf die Fälle rechtsmißbräuchlicher Ausübung eines bestehenden Kündigungsrechts beschränkt werden und beschränkt bleiben.

Damit zeigt sich jedoch, daß die in § 1 Abs. 1 und 2 KSchG aufgestellten Merkmale nicht Ausfluß einer Konkretisierung des § 242 BGB im Arbeitsrecht sind. Der durch § 1 KSchG gewährte Bestandsschutz beruht vielmehr auf einer geschichtlich gewachsenen, gesetzlichen Einschränkung des freien Kündigungsrechts der §§ 620 ff BGB. Diese Entwicklung hat zwar dazu geführt, den Begriff von Treu und Glauben im Rahmen des Arbeitsrechts zu wandeln¹⁾, eine nicht sozial gerechtfertigte Kündigung ist aber deshalb noch kein Rechtsmißbrauch, da bis heute daran festgehalten wird, daß in dem Verlust des Arbeitsplatzes allein ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht gesehen werden könne²⁾.

Die in § 1 KSchG aufgestellten Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Kündigung normieren keine Rechtsmißbrauchstatbestände oder Willkürtatbestände. Die von Kunkel³⁾, Auffarth-Müller⁴⁾, Herschel-Steinmann⁵⁾ und Nikisch⁶⁾ vertretene Auffassung, § 1 Abs. 2 KSchG habe nur willkürliche Kündigungen verhindern wollen, ist daher abzulehnen.

VI Die in Rechtsprechung und Lehre für eine Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen vorgetragenen Gründe

Befürwortet wird die Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen, wenn auch mit verschiedener Begründung und in unterschiedlichem Umfange in der Rechtsprechung vom Landesarbeitsgericht Frankfurt/Main⁷⁾, in der Literatur von Joachim⁸⁾, Schmidt⁹⁾, Molitor¹⁰⁾, Kauffmann¹¹⁾, Schüler¹²⁾ und Diekhoff¹³⁾.

¹⁾ diese Beeinflussung war aber durchaus nicht einseitig. Besonders die Entwicklung nach 1945 hat gezeigt, wie gerade die Rechtsprechung zu § 242 BGB auf die Gestaltung des Kündigungsschutzrechts starken Einfluß genommen hat (vergl. dazu oben S. 58 ff). Die Idee der Unwirksamkeit einer sozial nicht gerechtfertigten Kündigung ist tatsächlich durch diese Rechtsprechung entwickelt worden, da eine Anwendung des § 242 BGB diese Rechtsfolge hatte.

²⁾ vergl. statt aller BAG, NJW 1960 S. 67 f (S. 69)

³⁾ NJW 1953 S. 499

⁴⁾ Kom. z. KSchG § 1 Anm. 204

⁵⁾ Kom. z. KSchG § 1 Anm. 41a und 45

⁶⁾ Lehrb. I § 51 V 4 (S. 623)

⁷⁾ Urteil vom 25. 11. 1953 — I LA 311/53 —, Leitsätze und Gründe teilweise veröffentlicht in BB 1954 S. 228 = Betr. 1954 S. 308 = Arb. u. R. 1954 S. 126;

⁸⁾ BB 1954 S. 1114 ff

⁹⁾ RdA 1954 S. 170 ff

¹⁰⁾ BB 1953 S. 34 ff

¹¹⁾ NJW 1953 S. 1047 ff

¹²⁾ Arb. u. R. 1954 S. 58 ff

¹³⁾ Arb. u. R. 1957 S. 199 ff

Das Landesarbeitsgericht Frankfurt/Main hat die Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen mit der Begründung bejaht, daß andernfalls der Arbeitgeber nur das Vorliegen „dringender betrieblicher Erfordernisse“ behaupten, nicht aber auch beweisen müsse¹⁾.

Der Gesetzgeber hat in § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG bestimmt, daß der Arbeitgeber die Tatsachen beweisen muß, die die Kündigung bedingen. Aus der Beweispflicht des Arbeitgebers läßt sich aber nicht herleiten, daß auch die zur Kündigung führende Unternehmerentscheidung nachprüfbar ist. Stellt man sich beispielsweise auf den Standpunkt, dringende betriebliche Erfordernisse lägen immer dann vor, wenn der Arbeitsplatz tatsächlich weggefallen ist²⁾, so hat der Arbeitgeber nur diese Tatsache zu beweisen. Bei der Anschaffung einer arbeitssparenden Maschine würde der Arbeitgeber daher zu beweisen haben, daß

1. die Maschine tatsächlich aufgestellt worden ist,
2. durch die Aufstellung der Maschine ein Arbeitsplatz weggefallen ist,
3. ein anderer Arbeitsplatz nicht vorhanden ist.

Der Beweis dieser Tatsachen kann jedoch durch den Unternehmer geführt werden, ohne daß es einer Offenlegung der sie bedingenden Unternehmerentscheidung bedarf.

Dieses Beispiel zeigt, daß die Frage, ob die Beweispflicht des Arbeitgebers sich im Einzelfall auch auf Tatsachen erstreckt, die eine Einbeziehung der Unternehmerentscheidung unerläßlich erscheinen lassen, davon abhängt, welchen Inhalt der Begriff „dringende betriebliche Erfordernisse“ hat. Mit dem Hinweis auf die gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG dem Arbeitgeber obliegende Beweispflicht ist über die Zulässigkeit, Unternehmerentscheidungen nachzuprüfen, noch nichts ausgesagt.

Sowohl Molitor³⁾ als auch Joachim⁴⁾ gehen davon aus, daß das Kündigungsschutzgesetz nicht nur einen Tatbestand des Ermessensmißbrauchs konkretisieren wolle, sondern darüberhinaus einen erhöhten Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses gebracht habe. Daraus folge, daß die in § 1 Abs. 2 KSchG aufgestellten Merkmale eine Abwägung der Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber unter Einschluß der zur Kündigung führenden Unternehmerentscheidung erforderten.

Damit folgen Joachim und Molitor im Grunde der h.M., die auch durch die Einführung einer Vorteil- Nachteilabwägung — wie oben gezeigt⁵⁾ — praktisch die Unternehmerentscheidung nachprüft. Im Gegensatz zu der h.M. bekennen sie sich aber zu der inzident vorgenommenen Nachprüfung der kausal mit dem Wegfall des Arbeitsplatzes oder der Arbeitsmöglichkeit zusammenhängenden Unternehmerentscheidung.

¹⁾ LAG Frankfurt/Main a.a.O.

²⁾ so die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Lehre; vergl. oben S. 59 ff und die dort angegebene Literatur.

³⁾ BB 1953 S. 34 ff

⁴⁾ BB 1954 S. 1114 ff mit Erwiderung von Galperin, BB 1954 S. 1117 ff

⁵⁾ vergl. oben S. 67 f

Da sowohl Joachim als auch Molitor jedoch bei der Lösung auf eine Interessenabwägung zurückgreifen, gelten für beide Meinungen die gleichen Ablehnungsgründe, wie sie auch oben gegenüber der Vorteil- Nachteiltheorie geltend gemacht werden mußten¹⁾. § 1 KSchG ist zwar Ausfluß einer Interessenabwägung, beinhaltet selbst jedoch keine Möglichkeit mehr, eine Interessenabwägung vorzunehmen.

Demgegenüber geht Schmidt²⁾ davon aus, daß eine Interessenabwägung im Rahmen des § 1 KSchG — bei der Frage, ob dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen — nicht mehr vorgenommen werden könne, vielmehr lediglich unter die Merkmale des § 1 Abs. 2 KSchG eine Subsumption stattzufinden habe. Daraus folgert Schmidt, daß auch die Unternehmerentscheidung in den von ihm näher dargelegten Grenzen nachgeprüft werden müsse.

Eine Begründung dafür, warum die zur Kündigung führende Unternehmerentscheidung nachprüfbar sein soll, gibt Schmidt nicht. Mit der Entscheidung für oder gegen eine Interessenabwägung ist noch nichts über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit, Unternehmerentscheidungen nachzuprüfen, ausgesagt. Wie die Untersuchung der Vorteil- Nachteiltheorie gezeigt hat, läßt sich die Vornahme einer Interessenabwägung ohne weiteres mit der inzidenten Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen vereinbaren³⁾.

Nach Diekhoff⁴⁾ schließlich sind in § 1 KSchG nicht Ermessensspielraum und Ermessensmißbrauch die Gegensätze, vielmehr handele es sich bei dem Begriff „dringende betriebliche Erfordernisse“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff⁵⁾.

Mit der Feststellung, es handele sich bei dem Begriff „dringende betriebliche Erfordernisse“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff, ist aber über dessen Inhalt noch nichts ausgesagt. Die Begründung für die Einbeziehung der zur Kündigung führenden Unternehmerentscheidung sieht Diekhoff⁶⁾ daher in einer Verknüpfung von Unternehmer- und Arbeitgeberentscheidung. Liege eine solche vor, so müsse auch der Entschluß, eine bestimmte Unternehmerentscheidung durchzuführen, „dringenden betrieblichen Erfordernissen“ entsprechen. „Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beginne nicht erst im Zeitpunkt der Kündigung⁷⁾.“

¹⁾ vergl. oben S. 67 bis 73

²⁾ RdA 1954 S. 170

³⁾ vergl. oben S. 67

⁴⁾ Arb. u. R. 1957 S. 199 f

⁵⁾ als unbestimmter Rechtsbegriff wird im Arbeitsrecht auch der wichtige Grund zur Kündigung und die grobe Pflichtverletzung in § 23 BetrVerfG angesehen. vergl. BAG, AP Nr. 1 zu § 23 BetrVerfG

⁶⁾ Arb. u. R. 1957 S. 200

⁷⁾ Diekhoff, a.a.O. S. 200; Eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen bejaht wohl auch Krüger (Anm. zu LAG Düsseldorf, AP Nr. 9 zu § 1 KSchG), wenn sie ausführt:

„Es liegt im Wesen der Rationalisierungsmaßnahme, daß sie betriebsgünstig ist, aber damit ist sie noch nicht betriebsbedingt. Das ist sie nur, wenn sie zu dem Ausgleich von Betriebsschwierigkeiten führt.“

VII Die Verknüpfung von Arbeitgeber- und Unternehmerentscheidung macht eine Nachprüfung der Unternehmerentscheidung notwendig

Mit dem Hinweis, in den hier interessierenden Fällen seien Unternehmer- und Arbeitgeberentscheidung verknüpft, hat Diekhoff¹⁾ den Ansatzpunkt für die Begründung einer Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG gegeben.

1. Der Unternehmer als Arbeitgeber

Es mag zu dem begrifflichen System in Widerspruch stehen, eine Verknüpfung von Arbeitgeber- und Unternehmerentscheidung anzunehmen, trennt doch der Gesetzgeber scheinbar scharf zwischen Unternehmer und Arbeitgeber. Tatsächlich läßt sich aber eine solche scharfe Trennung nicht vornehmen.

Der arbeitsrechtliche Unternehmerbegriff orientiert sich überwiegend und vornehmlich an der Haftungsfunktion des Unternehmers. § 633 RVO — die Bestimmungen der Reichsversicherungsordnung und der Gewerbeordnung können wegen ihres unmittelbaren Zusammenhangs mit arbeitsrechtlichen Fragen hier herangezogen werden — sagt wörtlich:

„Unternehmer eines Betriebes oder einer Tätigkeit ist derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb oder die Tätigkeit geht.“

In dem gleichen Sinne ist der Begriff des Unternehmers in § 30 GewO aufzufassen²⁾.

Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934³⁾ verwandte den Unternehmerbegriff in den §§ 1, 3, 17. Übereinstimmend wurde die Ansicht vertreten, daß Unternehmer derjenige sei, der als Inhaber des Betriebes unter Übernahme des wirtschaftlichen Risikos den mit dem Betrieb zu verfolgenden Zweck setze⁴⁾, gleichgültig, ob dies nun eine natürliche oder eine juristische Person sei⁵⁾.

¹⁾ Arb. u. R. 1957 S. 199 f

²⁾ vergl. Rohlfing-Kiskat-Wolff, Kom. z. GewO § 30 Anm. 1: „Als Unternehmer i. S. von § 30 GewO wird die Person bezeichnet, die mit der technischen und verwaltungsmäßigen Leitung betraut und in deren Namen und Rechnung der Betrieb einer solchen Anstalt geht“. Ebenso Landmann-Rohmer, Kom. z. GewO Bd. I S. 310; Fuhr, Kom. z. GewO § 30 Anm. 3 h und Vorbem. III 2 b zu § 14 „Unternehmer setzt Betriebsrisiko voraus“.

³⁾ vergl. Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz, Kom. z. AOG § 4 Anm. 9; W. Reuß, DAR 1935 S. 221 I; Dersch, Kom. z. AOG § 1 Anm. 3a (S. 21); Gerstner, Vom Unternehmer zum Betriebsführer S. 25 und S. 54 ff; W. Köhler, Die Ausübung von Betriebsführerfunktionen, S. 9; Mansfeld, AOG Anm. 3 zu § 1; Mansfeld-Pohle-Steinmann-Krause, Kom. z. AOG S. 76; Molitor, DtschArbR S. 33; ebenso wohl Franke, DAR 1935 S. 172; Krönig, DAR 1935 S. 64, 65; Burckhardt, DAR 1936 S. 339; a. A. und wohl nicht im Einklang mit der gesetzlichen Regelung des AOG: Fechner, Führertum und Unternehmertum S. 27 ff und S. 87 ff mit starker Anlehnung an volkswirtschaftliche Erkenntnisse.

⁴⁾ Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz, Kom. z. AOG § 4 Anm. 9; Dersch, Kom. z. AOG § 1 Anm. 3a (S. 21 unten); Mansfeld-Pohle-Steinmann-Krause, Kom. z. AOG S. 77/78 „Trägerin aller Unternehmerfunktionen ist die AG“; ebenso wohl auch Molitor DARecht S. 33; Maus, Arbeitsrecht S. 114

⁵⁾ BGBl. I S. 681

Das Betriebsverfassungsgesetz vom 11. 10. 1952¹⁾ hat die Regelungen des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit weder sprachlich noch inhaltlich übernommen, kennt jedoch neben dem Begriff des Arbeitgebers²⁾ den des Unternehmers³⁾).

Während in § 49 BetrVerfG — der Generalnorm für das Verhältnis der Sozialpartner auf dem sozialen und dem personellen Gebiet der Mitbestimmung — von einer vertrauensvollen Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretern die Rede ist, spricht die Vorschrift des § 67 BetrVerfG von einer „vertrauensvollen Zusammenarbeit von Betriebsrat und Unternehmer“. Bei der wirtschaftlichen Mitbestimmung spricht der Gesetzgeber somit von dem Unternehmer. Damit wird der Unternehmerbegriff wirtschaftlich aufgefaßt. Dieses Ergebnis wird von dem Wortlaut und dem Sinn der §§ 72 und 74 BetrVerfG bestätigt.

Unternehmer i. S. des Betriebsverfassungsgesetzes ist der Inhaber des Betriebes. Als Inhaber des Betriebes übernimmt der Unternehmer einerseits die Haftung für den Betrieb, andererseits setzt er Mittel ein, um einen wirtschaftlichen Zweck zu erreichen.

Von dieser allgemeinen Bestimmung ausgehend, bedarf es im Rahmen des Arbeitsrechts einer weiteren Eingrenzung. Die Einsetzung lediglich sachlicher Mittel läßt eine arbeitsrechtliche Fragestellung nicht aufkommen. Erforderlich hierfür ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern. Nur dadurch, daß der Unternehmer auch als Arbeitgeber auftritt, werden seine Entscheidungen überhaupt arbeitsrechtlich interessant.

Zu dem Kriterium der Inhaberschaft und der Haftung für einen Betrieb tritt daher auf dem Gebiet des Arbeitsrechts noch der Einsatz personeller Mittel.

Nicht entscheidend ist, ob derjenige, der nach dieser Definition als Unternehmer anzusehen ist, auch selbst tätig wird. Der Haftende bleibt auch dann Unternehmer, wenn andere ausschließlich für ihn nach außen auftreten. Daraus ergibt sich, daß auch juristische Personen als Unternehmer anzusehen sind, soweit sie die übrigen Voraussetzungen erfüllen⁴⁾. Unternehmer ist somit keineswegs der Aktionär oder Anteilseigner; Unternehmer ist die juristische Person selbst, da diese das unmittelbare Risiko der Betriebsführung trägt⁵⁾. Die durch die Geschäftsführung oder den Vorstand vorgenommenen Handlungen, für die die juristische Person haftet, sind Unternehmerhandlungen der juristischen Person.

¹⁾ BGBl. I S. 681

²⁾ vergl. §§ 49 und 61 BetrVerfG

³⁾ vergl. §§ 67, 72 Abs. 2, 73, 74, 75 BetrVerfG

⁴⁾ zu der Streitfrage, ob auch eine jur. Person Arbeitgeber sein kann, vergl. unten S. 82 f

⁵⁾ vergl. für die RVO Baudisch „Der Unternehmerbegriff“ S. 88 II; H. Schieke, NJW 1961 S. 2148 ff; für § 30 GewO vergl. Rohlfing-Kiskat-Wolff, Kom. z. GewO § 30 Anm. 1;

vergl. für das AOG Dietz, Hueck-Nipperdey-Dietz, Kom. z. AOG § 4 Anm. 9; Maus, Arbeitsverhältnis, S. 114 vergl. für das BetrVerfG Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 1 Anm. 40

An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn ausnahmsweise der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung in den von Gesetz oder Satzung vorgesehenen und zulässigen Fällen Entscheidungen treffen, die unternehmerischen Charakter haben.

Hierbei handeln Aufsichtsrat oder Hauptversammlung als Organe der juristischen Person. Dadurch bleibt die Unternehmerqualität der juristischen Person jedoch unangetastet.

Auf Grund der vorstehenden Untersuchung wäre somit die arbeitsrechtliche Definition des Unternehmers, daß

„Unternehmer jede Person, Personengemeinschaft oder rechtsfähige Person ist, die durch den Einsatz von sachlichen und / oder personellen Mitteln auf eigene Gefahr mit oder ohne Gewinnabsicht einen bestimmten Zweck verfolgt¹⁾.“

Da für eine arbeitsrechtliche Betrachtungsweise nur der Unternehmer interessant ist, der zugleich Arbeitnehmer beschäftigt, ist der Unternehmer insoweit Partner von Arbeitsverträgen und damit zugleich Arbeitgeber²⁾.

Das Zusammenfallen von Unternehmer- und Arbeitgeberfunktionen wird auch in der Literatur gesehen und grundsätzlich bejaht³⁾. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz soll nur dann bestehen, wenn der Unternehmer eine juristische Person ist, da diese nicht Arbeitgeber sein könne⁴⁾.

Nach Hueck⁵⁾ setzt die Arbeitgeberbereiensechaft zweierlei voraus:

1. zur Arbeitsleistung vertraglich verpflichtete Arbeitnehmer,
2. Befehlsgewalt über die Arbeitnehmer im Rahmen des Betriebes.

Eine derartige Befehlsgewalt kann nach Hueck aber nur einer geschäftsfähigen physischen Person zustehen⁶⁾. Bei der juristischen Person stehen nach dieser Meinung die Funktionen, die die Arbeitgeberbereiensechaft ausmachen, zwei verschiedenen Personen zu⁷⁾. Während die Vorstandsmitglieder hinsichtlich der Befehlsgewalt — dem Direktionsrecht — Arbeitgeber sind, besteht andererseits zwischen der juristischen Person und dem Arbeitnehmer zwar ein Arbeitsvertrag, der jedoch lediglich ein dem Arbeitsverhältnis verwandtes Verhältnis schafft, auf das nur einzelne Vorschriften des Arbeitsrechts anwendbar sind⁸⁾.

¹⁾ Ballinger, Die Rechtsstellung des Unternehmers, S. 9

²⁾ Hueck in Hueck-Nipperdey I S. 77; In diesem Zusammenhang kann es dahingestellt bleiben, ob Unternehmerbereiensechaften immer vorhanden sind, wenn gleichzeitig Arbeitgeberkriterien vorliegen. Zur Frage Unternehmer-Arbeitgeber bei nicht gewerblichen Tätigkeiten z. B. Haushaltsvorstand, sofern Hausgehilfen beschäftigt werden, vergl. Hueck a.a.O. S. 77 II und Anm. 3 S. 77; Dersch ArbRBlattei „Arbeitgeber“ II 2; Hueck lehnt eine unbedingte Verknüpfung der beiden Begriffe ab. a. A. Schnorr — v. Carolsfeld, Arbeitsrecht S. 26 ff anders auch der Wortlaut des § 633 RVO. Eine solche Koppelung ist zumindest auf wirtschaftlich gewerblichem Gebiet immer anzunehmen.

³⁾ vergl. Hueck in Hueck-Nipperdey I S. 77; Maus, Das Arbeitsverhältnis, S. 112/113; Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 1 Anm. 28; Fitting-Kracgeloh, Kom. z. BetrVerfG Anm. 6 und 28 a zu § 46

⁴⁾ Maus, a.a.O. S. 113 (b), Hueck a.a.O. S. 78 II

⁵⁾ Hueck, a.a.O. S. 78 II

⁶⁾ Hueck, a.a.O. S. 78 II

⁷⁾ Hueck, a.a.O. S. 78 II; Maus, a.a.O. S. 113

⁸⁾ Hueck, a.a.O. S. 78/79 III

Diese Meinung verkennt, daß das Weisungsrecht — die Befehlsgewalt — aus dem Arbeitsvertrag fließt und damit unmittelbar mit dem Anspruch auf Arbeitsleistung verbunden ist¹⁾. Dem Träger des Anspruchs auf Arbeitsleistung muß daher gleichzeitig das Weisungsrecht zustehen. Eine ganz andere Frage ist es, ob er dieses Recht einem anderen zur Ausübung überläßt oder überlassen kann.

Weiterhin erscheint es nicht gerechtfertigt, die juristische Person nicht als Arbeitgeber zu bezeichnen, wenn andererseits alle sogenannten Arbeitgeberpflichten, wie z. B. die Lohnpflicht und die Urlaubspflicht gerade die juristische Person in ihrer Eigenschaft als Arbeitsvertragspartner treffen, während z. B. der Vorstand keine dieser Pflichten übernimmt. Es ist auch nicht so, daß das Weisungsrecht an eines der Vorstandsmitglieder gebunden wäre²⁾, es steht vielmehr dem jeweiligen Vorstand in seiner Eigenschaft als Organ der juristischen Person zu.

Daraus folgt, daß auch bei juristischen Personen das Weisungsrecht unmittelbar der juristischen Person zusteht und lediglich von ihren geschäftsführenden Organen ausgeübt wird³⁾.

Die juristische Person ist deshalb, soweit sie Arbeitsverträge abschließt, auch als Arbeitgeber anzusehen.

2. Das Zusammenfallen von Unternehmer- und Arbeitgeberfunktionen

Die Vereinigung von Arbeitgeber- und Unternehmerfunktionen in einer Person macht aber auch eine Koppelung von Unternehmer- und Arbeitgeberentscheidung möglich. Am besten läßt sich dies an einem Beispiel aufzeigen:

Ein Unternehmer beabsichtigt den Kauf einer Maschine. Diese wird die bisher von zwei Arbeitnehmern geleistete Arbeit erbringen, wobei nur ein Arbeitnehmer zu ihrer Bedienung benötigt wird. Ein Arbeitnehmer wird daher durch die Anschaffung der Maschine frei und soll — da eine andere Verwendungsmöglichkeit für ihn im Betrieb nicht besteht — entlassen werden.

Als Möglichkeiten der Finanzierung dieser Maschine stehen dem Unternehmer Bankkredit oder Eigenfinanzierung zur Verfügung. Der Unternehmer entscheidet sich für die Aufnahme eines Kredits.

¹⁾ Hueck in Hueck-Nipperdey S. 18 c und S. 142; Nikisch, Lehrb. S. 253; Neumann in Nipperdey-Mohnen-Neumann, Der Dienstvertrag, § 611 BGB Anm. 153/154

²⁾ oder etwa die Arbeitgeberbereitschaft trotz des Ausscheidens eines Vorstandsmitgliedes an dieses gebunden bliebe.

³⁾ Eine ganz andere Frage ist es, ob Vorstandsmitglieder als AN anzusehen sind. Die §§ 22 ArbGG und 16 Abs. 4 SozGG geben für die Begründung der Arbeitgeberbereitschaft des Vorstandes nichts her. Verkannt wird von Hueck a.a.O. S. 79 Anm. 7, daß es sich um *Arbeitgebervertreter* handelt. Solcher Vorschriften hätte es nicht bedurft, wenn der Vorstand einer jur. Person immer Arbeitgeber wäre.

Das Beispiel enthält zwei Unternehmerentscheidungen:

1. Ankauf einer neuen Maschine, um einen Rationalisierungseffekt zu erreichen.

2. Entscheidung für eine der möglichen Finanzierungsarten.

Die Entscheidung darüber, wie der Kauf der Maschine finanziert werden solle, berührt den Bestand eines Arbeitsplatzes nicht oder doch nur mittelbar. Demgegenüber ist mit der Entscheidung, die Maschine anzuschaffen, gleichzeitig und unmittelbar eine zweite Entscheidung verbunden, die in den Bestand eines Arbeitsplatzes eingreift, die Entscheidung nämlich, den durch die größere Arbeitsleistung der Maschine frei werdenden Arbeitnehmer zu entlassen. Bei der Berechnung der Rentabilität der Maschine ist es für den Unternehmer unumgänglich, gleichzeitig diese Frage zu berücksichtigen und zu entscheiden.

Nach der Terminologie des Arbeitsrechts wird der Unternehmer in diesem Falle auch als Träger arbeitsrechtlicher Beziehungen tätig, d. h. als Arbeitgeber.

Die Unternehmerentscheidung schlechthin läßt sich somit in zwei Kategorien unterteilen:

1. in Entscheidungen ohne unmittelbaren arbeitsrechtlichen Bezug,
2. in Entscheidungen, die auch eine arbeitsrechtliche Komponente enthalten, wodurch der Unternehmer gleichzeitig als Arbeitgeber tätig wird.

§ 72 BetrVerfG gibt einen ganzen Katalog von Entscheidungen, in denen Unternehmer- und Arbeitgeberfunktionen zusammenfallen. Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder von Betriebsteilen, Verlegung des Betriebs, Zusammenschluß von Betrieben, grundlegende Änderung des Betriebszweckes oder der Betriebsanlagen sind Entscheidungen, die zunächst aus wirtschaftlichen Erwägungen geboren werden, dann aber gleichzeitig in ihrer Ausführung unvermeidlich Nachteile für die Belegschaft haben oder haben können. Dieser Katalog ließe sich noch ergänzen. Abgesehen von den in § 72 BetrVerfG aufgeführten grundlegenden Änderungen und Umgestaltungen des Betriebes enthält bereits jede Rationalisierungsmaßnahme, die zur Auflösung eines Arbeitsplatzes führt, diese Verbindung zwischen Unternehmer- und Arbeitgeberentscheidung. Wenn auch in diesen Fällen die Kündigung möglicherweise erst wesentlich später — nach Durchführung der Rationalisierung — ausgesprochen wird, so ist doch die Grundentscheidung des Arbeitgebers für die Kündigung bereits in dem frühen Stadium des Unternehmerentschlusses — zu rationalisieren — gefallen. Die spätere Kündigung ist lediglich eine konsequente und unausweichliche Folge eines viel früher gefaßten Entschlusses. Bereits der Kauf der Maschine schafft die Voraussetzungen, die später die Kündigung auslösen müssen, will nicht der Unternehmer einen Arbeitnehmer weiter bezahlen, ohne eine entsprechende Arbeitsleistung zu erhalten. Denn nur die Ein-

sparung der Lohnkosten führt in diesen Fällen überhaupt zur Rationalisierung und damit zur Erreichung des mit dem Ankauf der Maschine angestrebten wirtschaftlichen Erfolges.

Nicht jede Rationalisierungsmaßnahme führt nun zwar unbedingt zu Kündigungen. Zu denken ist z. B. an die Fälle, in denen der Arbeitnehmer zwar seinen bisherigen Arbeitsplatz verliert, aber an anderer Stelle im Betrieb weiterbeschäftigt wird oder es nur zu einer Umgestaltung des Arbeitsplatzes kommt, der Arbeitnehmer daher durch Einarbeitung und Umschulung weiter eingesetzt werden kann¹⁾. Um eine Koppelung von Unternehmer- und Arbeitgeberentscheidung handelt es sich jedoch auch in diesen Fällen, da die Unternehmerentscheidung, wenn auch nicht in den Bestand eines Arbeitsplatzes eingreift, so doch in der Sphäre des Arbeitgebers Eingriffe und Veränderungen hervorruft.

Das Ineinandergreifen von Unternehmer- und Arbeitgeberentscheidung findet sich darüberhinaus auch bei der sogenannten Abbaukündigung.

Die h. M. fordert bei der Abbaukündigung, daß der Arbeitgeber erst dann zur Kündigung greifen darf, wenn er den wirtschaftlichen Schwierigkeiten nicht anders als durch Kündigungen mehr begegnen kann²⁾ oder anders formuliert, daß der Arbeitgeber zu Kündigungen nicht schon dann schreiten darf, wenn die Interessen des Betriebes dies noch nicht erforderten, und daß er nach Möglichkeiten zu suchen habe, die Kündigung durch andere Mittel, z. B. durch Arbeitsstreckung oder Kurzarbeit, zu vermeiden, sofern solche für den Betrieb technisch, organisatorisch und wirtschaftlich tragbar seien³⁾. Ob eine der von der h. M. angeführten Maßnahmen technisch, organisatorisch oder wirtschaftlich tragbar ist, entscheidet der Arbeitgeber in seiner Eigenschaft als Unternehmer. Schreitet der Arbeitgeber daher beispielsweise infolge Auftragsmangels zu Kündigungen, so ist diesem Schritt die unternehmerische Entscheidung, der wirtschaftlichen Situation durch Kündigungen und nicht durch Kurzarbeit oder Arbeitsstreckung zu begegnen, vorgelagert. Zu Abbaukündigungen kommt es daher überhaupt erst, wenn der Unternehmer sich aus technischen, organisatorischen oder wirtschaftlichen Gründen gegen die Einführung von Kurzarbeit entschieden hat.

3. Die Auswirkung des Zusammenfallens von Unternehmer- und Arbeitgeberentscheidung auf die im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG vorzunehmende Prüfung.

Aus der Einwirkung der Unternehmerentscheidung auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses drängt sich die Notwendigkeit auf, auch diese Entscheidung bei der Beurteilung, ob „dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen“, zu berücksichtigen.

¹⁾ zu der Pflicht des Arbeitgebers, seinen Arbeitnehmern die Möglichkeit zu geben, sich an neuen Betriebsanlagen einzuarbeiten, möglicherweise sie sogar umschulen zu lassen, vergl. LAG Mannheim, AP Nr. 53 Nr. 48, Hueck, Ko. z. KSchG § 1 Anm. 37

²⁾ vergl. statt aller Auffahrt-Müller, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 217

³⁾ Hueck, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 36 a

Damit stellt sich zugleich die Frage, wie sich die Unternehmerentscheidung auf die im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG vorzunehmende Prüfung der Arbeitgeberentscheidung auswirkt.

Theoretisch bestehen drei Möglichkeiten:

1. die Entscheidung wird allein nach unternehmerischen Gesichtspunkten behandelt, der arbeitsrechtliche Teil wird überlagert und für eine rechtliche Betrachtung ausgeschaltet,
2. die Entscheidung wird ausschließlich nach arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt, der unternehmerische Teil wird unter dem Gesichtspunkt seiner Vereinbarkeit mit dem arbeitsrechtlich zulässigen Erfolg betrachtet und gewertet,
3. die Entscheidung wird sowohl unter unternehmerischen als auch unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten behandelt, wobei von Fall zu Fall einem der beiden Rechtskreise der Vorrang eingeräumt wird.

Folgte man der ersten Möglichkeit, so würde in allen Fällen, in denen eine Arbeitgeberentscheidung zugleich unternehmerische Bestandteile enthielte, der Unternehmer in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber aus seiner arbeitsrechtlichen Bindung entlassen. Die durch diese Entscheidung verursachten Tatsachen müßten als gegeben hingenommen werden. Eine Kontrolle solcher Entscheidungen wäre ausgeschlossen. Der Unternehmer wäre dann nur Unternehmer, ungeachtet seiner Bindungen, die ihm als Arbeitgeber obliegen.

Ein solches Ergebnis wäre mit § 1 KSchG unvereinbar, da es die dort dem Kündigungsrecht des Arbeitgebers auferlegten Beschränkungen hinfällig machen würde. Die Annahme, unternehmerische Tätigkeit schließe automatisch eine arbeitsrechtliche Betrachtungsweise aus, ist somit abzulehnen. Eine Beurteilung allein unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten stößt ebenfalls auf Bedenken.

Das Arbeitsrecht zielt mit seinen Normen auf einen größtmöglichen Schutz des Arbeitnehmers hin¹⁾. Die Sicherung des Arbeitsplatzes — der sogenannte Bestandsschutz²⁾ — der durch das Kündigungsschutzgesetz und einen Teil der Normen des Betriebsverfassungsgesetzes gewährt werden soll, würde — konsequent durchgeführt — jede unternehmerische Maßnahme, die zugleich die Auflösung eines Arbeitsplatzes zur Folge hätte, als gegen diesen Schutzgedanken verstoßend ansehen. Demgegenüber gehören jedoch Rationalisierung und technischer Fortschritt so unlösbar zu unserer Wirtschaftsform, daß eine Betrachtungsweise, die diese Maßnahmen verhindern würde, zu einem volkswirtschaftlichen Ruin führen müßte³⁾. Aus dieser Erkenntnis heraus hat das geltende Arbeitsrecht auch wirtschaftliche Gesichtspunkte in seine Regelungen miteinbezogen.

¹⁾ vergl. Hueck in Hueck-Nipperdey I S. 358 Fußnote 6; Dersch in Festschrift für Herschel, 1955 S. 71 ff

²⁾ vergl. statt aller Hueck in Hueck-Nipperdey I S. 571 und Blohm in RdA 1955 S. 304

³⁾ Hueck in Hueck-Nipperdey I S. 28 und S. 28 Fußnote 7

Die dritte Lösungsmöglichkeit berücksichtigt diesen für eine befriedigende Lösung notwendigen Kompromiß zwischen arbeitsrechtlicher und wirtschaftlicher Betrachtungsweise. Denn nur eine Abwägung zwischen wirtschaftlichen und arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten vermag den Ausschlag dafür zu geben, welchen Normen der Vorrang gebührt.

Unproblematisch sind daher die Fälle, in denen weder die Unternehmer- noch die Arbeitgeberentscheidung einer besonderen Bindung unterliegen. Bei diesen Tatbeständen kommt es überhaupt nicht zu einer Kollision beider Rechtskreise. Zweifelhaft ist aber, wie zu entscheiden ist, wenn entweder die Unternehmerentscheidung oder aber die Arbeitgeberentscheidung — und dieser letztere Fall interessiert hier — nur unter bestimmten Voraussetzungen getroffen werden können. Ein solcher Fall der Bindung der Arbeitgeberentscheidung ist in § 1 Abs. 2 KSchG gegeben. Im Rahmen dieser Vorschrift darf der Arbeitgeber nur dann Kündigungen aussprechen, wenn „dringende betriebliche Erfordernisse“ diese bedingen. Damit unterliegt die Arbeitgeberentscheidung einer gesetzlich festgelegten Sozialbindung. Ausgelöst wird aber die Notwendigkeit zu kündigen nicht durch eine Maßnahme, die der Arbeitgeberfunktion zuzurechnen ist, sondern — wie oben gezeigt — durch eine Unternehmerentscheidung. Wäre diese Unternehmerentscheidung „wertfrei“, „vorbetrieblich¹⁾“, einer gerichtlichen Nachprüfung nicht unterworfen, so könnte man dem Arbeitgeber nicht vorwerfen, die sozialen Belange seiner Arbeitnehmer nicht genügend berücksichtigt zu haben, da er nur die betrieblich notwendige Folgerung aus einer „freien“ Unternehmerentscheidung ziehen würde. Aus diesem Grunde ist es verfehlt, bei der Frage, ob eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist, allein auf die durch die früher getroffene Unternehmerentscheidung vorgegebene Arbeitgeberentscheidung abzustellen. Die Beurteilung dieser Frage hängt vielmehr letztlich davon ab, ob die Unternehmerentscheidung, die die eigentliche Ursache der Kündigung darstellt, „dringenden betrieblichen Erfordernissen“ entsprochen hat.

Mit anderen Worten muß in den Fällen, in denen die Unternehmerentscheidung unmittelbar Kündigungen zur Folge hat — der Arbeitgeber also lediglich die beschlossene Kündigung später ausspricht — die Unternehmerentscheidung bereits, wegen ihrer Bindungswirkung für die Arbeitgeberentscheidung, „dringenden betrieblichen Erfordernissen“ entsprechen. Andernfalls ist die durch die Unternehmerentscheidung beschlossene Kündigung nicht sozial gerechtfertigt.

¹⁾ so Rappenecker, BB 1958 S. 47, der sich aber m. E. zu Unrecht auf die Entscheidung des BAG (Gr. Sen.) AP Nr. 20 zu § 1 KSchG (Stellenurteil) beruft.

Dritter Teil

Inhalt und Grenzen der Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 1 KSchG

Die Einbeziehung der zur Kündigung führenden Unternehmerentscheidung in die nach § 1 Abs. 2 KSchG bei der betriebsbedingten Kündigung zu prüfenden Tatsachen wirft eine Reihe neuer Fragen auf. Zum einen bedarf es einer Abgrenzung zwischen nachprüfbarer und nicht nachprüfbarer Unternehmerentscheidung, zum anderen muß untersucht werden, was als ein dringendes betriebliches Erfordernis im Hinblick auf eine Unternehmerentscheidung anzusehen ist.

I Abgrenzung zwischen nachprüfbaren und nicht nachprüfbaren Unternehmerentscheidungen

1. Abgrenzung an Hand des Kriteriums der Unmittelbarkeit des unternehmerischen Eingriffs

Die obigen Ausführungen haben ergeben, daß eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG nur aus der Unmittelbarkeit des unternehmerischen Eingriffs in den Bestand des Arbeitsverhältnisses begründet werden kann¹⁾.

In dieser Begründung für eine Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen liegt zugleich eine Bestimmung der nicht nachprüfbaren Unternehmerentscheidungen. Fehlt es an der geforderten Unmittelbarkeit des unternehmerischen Eingriffs, so fehlt es auch an einer Bindungswirkung der Unternehmermaßnahme für die Arbeitgeberentscheidung. Damit entfällt aber die Voraussetzung, die die Nachprüfbarkeit überhaupt begründete. Nicht nachprüfbar sind daher alle Unternehmerentscheidungen, die nicht unmittelbar in den Bestand des Arbeitsplatzes eingreifen.

Bei der Rationalisierungskündigung und der Abbaukündigung ermöglicht das Merkmal der Unmittelbarkeit des unternehmerischen Eingriffs eine klare Abgrenzung. Schwieriger gestaltet sich die Unterscheidung in nachprüfbare und nicht nachprüfbare Unternehmerentscheidung jedoch dann, wenn der Schwerpunkt des unternehmerischen Handelns nicht auf der betrieblichen Ebene liegt.

Der Unterschied der beiden Fallgruppen läßt sich an folgendem Beispiel aufzeigen:

Unternehmer A stellte bisher in seinem Betrieb Kühlschränke her. Wegen der starken Konkurrenz und eines rückläufigen Gewinnes entschließt er sich,

¹⁾ vergl. oben S. 85 f

- a) durch weitgehende maschinelle Rationalisierung die Selbstkosten zu senken,
- b) die Fabrikation von Kühlschränken aufzugeben und statt dessen Waschmaschinen herzustellen.

Es soll unterstellt werden, daß sowohl im Falle a) — durch die Durchführung der Rationalisierungsmaßnahme — als auch im Falle b) — durch die Umstellung des Betriebes auf die Waschmaschinenfabrikation — je drei Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verlieren und gekündigt werden müssen.

Während im Falle a) die Betriebsbezogenheit der Unternehmerentscheidung offenkundig ist, liegt im Falle b) das Schwergewicht der Unternehmerentscheidung auf der Ebene des Unternehmens, und nur die Änderung des Unternehmenszwecks führt zu betrieblichen Maßnahmen.

Trotz der Verlagerung des Schwergewichts der Unternehmerentscheidung auf die Unternehmensebene liegt jedoch auch im Falle b) ein unmittelbarer Eingriff in der betrieblichen Sphäre vor. Sachlich besteht für die hier zu behandelnde Frage kein Unterschied zwischen einer reinen Rationalisierungsmaßnahme, die zwar unternehmensbezogen ist, aber nicht zu einer Umgestaltung des Unternehmens führt und einer Betriebsänderung, die zugleich auch in die Gestaltung des Unternehmens eingreift. In beiden Fällen führt die Unternehmerentscheidung zu einem unmittelbaren Eingriff in der Betriebssphäre.

Daß auch der Gesetzgeber im Falle b) — der Umstellung des Betriebes auf die Waschmaschinenfabrikation und der dadurch bedingten Änderung der Betriebsanlagen — Unternehmer- und Arbeitgeberentscheidung als unmittelbar ineinandergreifend ansieht, ergibt sich aus § 72 Abs. 1 BetrVerfG.

Bei den in § 72 Abs. 1 BetrVerfG genannten Betriebsänderungen greift die Mitbestimmung des Betriebsrats zugleich in die Gestaltung des Unternehmens ein, da in diesen Fällen Betriebs- und Unternehmensgestaltung untrennbar miteinander verknüpft sind. In der Literatur wird daher auch von einer „unternehmerischen Mitbestimmung¹⁾“ gesprochen oder von einer Mitbestimmung des Betriebsrats auf „Unternehmensebene²⁾“.

Stillegung oder Teilstillegung des Betriebes, Änderung des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen, Verlegung des Betriebs, Einschränkung des Betriebsumfanges, Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden — die Tatbestände des § 72 Abs. 1 BetrVerfG — stellen daher einen unmittelbaren Eingriff des Unternehmers in den Betrieb dar. Dadurch ausgelöste Kündigungen sind als unmittelbare Folge einer Unternehmerentscheidung anzusehen.

¹⁾ Neumann — Duesberg, Betriebsverfassungsrecht S. 598

²⁾ Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 12 c

Zu einem nur mittelbaren Eingriff in den Bestand eines Arbeitsplatzes führt eine Unternehmerentscheidung dann, wenn die betriebliche Maßnahme nicht direkt, sondern erst durch das Hinzutreten anderer Umstände zu Kündigungen führt. Im Falle b) läge daher ein solcher mittelbarer Eingriff vor, wenn die Umstellung des Betriebes selbst keine Entlassungen auslöste, durch Absatzschwierigkeiten auf dem Waschmaschinenmarkt der Unternehmer A aber zu Kündigungen gezwungen würde.

Der Auftragsrückgang hätte in diesem Falle unmittelbar die Kündigungen verursacht, die Produktionsumstellung — als nur mittelbarer Grund — könnte nicht nachgeprüft werden.

2. Abgrenzung an Hand der Tatbestände des § 72 Abs. 1 Satz 2 lit. a — e BetrVerfG

Würde man im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG das Kriterium der Unmittelbarkeit des unternehmerischen Eingriffs als Abgrenzung zwischen nachprüfbarer und nicht nachprüfbarer Unternehmerentscheidung genügen lassen, so würde auch in den Fällen, die der wirtschaftlichen Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen, eine gerichtliche Nachprüfung — und sogar Mitbestimmung — nicht nur dann stattfinden, wenn die Belegschaft oder Teile der Belegschaft gekündigt würden, sondern auch bereits bei Einzelkündigungen. Die gerichtliche Nachprüfung dieser Tatbestände wäre daher an wesentlich geringere Voraussetzungen gebunden als die Mitbestimmung des Betriebsrats, zumal § 1 Abs. 2 KSchG bereits bei Betrieben mit in der Regel mehr als 5 Beschäftigten Anwendung findet¹⁾, ein wirtschaftliches Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats jedoch nur bei Betrieben mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern besteht²⁾.

Eine Abgrenzung zwischen nachprüfbarer und nicht nachprüfbarer Unternehmerentscheidung mit Hilfe des Kriteriums der Unmittelbarkeit des unternehmerischen Eingriffs in den Bestand des Arbeitsplatzes allein würde daher zu einer weit über das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsrecht hinausgehenden gerichtlichen Mitbestimmung führen. § 1 Abs. 2 KSchG wollte aber den Gerichten eine solche Mitbestimmung nicht geben³⁾. Aus dem großen Bereich der unmittelbar in den Bestand des Arbeitsplatzes eingreifenden Unternehmerentscheidungen sind daher die Tatbestände für eine Nachprüfung im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG auszuklammern, die der Mitbestimmung des Betriebsrats unterfallen würden, falls ein wirtschaftliches Mitbestimmungsrecht gegeben wäre⁴⁾.

¹⁾ vergl. § 21 Abs. 1 KSchG

²⁾ vergl. § 72 Abs. 1 Satz 1 BetrVerfG

³⁾ so mit Recht Hueck, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 37

⁴⁾ Liegen die Voraussetzungen des § 72 Abs. 1 BetrVerfG vor — Betrieb mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten AN — so findet ein wirtschaftliches Mitbestimmungsrecht statt. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so kann nun nicht über das KSchG eine Mitbestimmung der Gerichte eintreten.

Unternehmerentscheidungen, die infolge der Einschränkung oder Stilllegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen¹⁾, der Verlegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen²⁾, des Zusammenschlusses von Betrieben³⁾, grundlegender Änderung des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen⁴⁾ oder der Einführung grundlegender neuer Arbeitsmethoden⁵⁾ zu Kündigungen führen, sind daher im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG nicht nachprüfbar.

Diesem Ergebnis entspricht auch nicht die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts⁶⁾, in der dieses scheinbar auch bei der Betriebsstilllegung den Unternehmer Bindungen unterwerfen will.

Das Bundesarbeitsgericht hatte folgenden Fall zu entscheiden:

Eine Damenkonfektionsfirma hatte keine nennenswerten Aufträge mehr. Der Unternehmer entschloß sich daher zur Stilllegung des Betriebes, um den zwar nicht absehbaren, aber doch sicher nicht allzu lang anhaltenden Auftragsmangel zu überdauern. Drei Arbeitnehmern der Belegschaft wurde nicht gekündigt. Sie sollten die Maschinen in Stand halten.

Das Bundesarbeitsgericht führt aus, daß der Unternehmer zu dem für die Arbeitnehmer sehr harten Mittel der Stilllegung nach Treu und Glauben erst dann greifen dürfe, wenn andere zumutbare Möglichkeiten, die sich nicht so nachteilig für die Arbeitnehmer auswirken würden, nicht vorhanden seien. In dem vorliegenden Falle sei jedoch die Stilllegung der einzig mögliche Weg gewesen.

Der vom Bundesarbeitsgericht entschiedene Fall lag — wie der Sachverhalt zeigt — auf der Grenze zwischen echter Betriebsstilllegung und Betriebsunterbrechung — zumal der klagende Arbeitnehmer vorgetragen hatte, daß der Unternehmer in früheren Jahren ähnliche Auftragssituationen durch andere Arbeiten im Betrieb überbrückt hätte, die auch jetzt wieder möglich gewesen wären —. Im Grunde genommen handelte es sich um eine Betriebsunterbrechung, und nur die Unmöglichkeit einer auch nur teilweisen Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer sowie die voraussichtlich lange Dauer des Auftragsmangels machten es dem Unternehmer unmöglich, die Arbeitnehmer zu halten.

Bei dem vom Bundesarbeitsgericht⁷⁾ entschiedenen Fall handelte es sich daher nicht um eine Stilllegung im spezifisch arbeitsrechtlichen Sinne⁸⁾.

¹⁾ § 72 Abs. 1 lit. a BetrVerfG

²⁾ § 72 Abs. 1 lit. b BetrVerfG

³⁾ § 72 Abs. 1 lit. c BetrVerfG

⁴⁾ § 72 Abs. 1 lit. d BetrVerfG

⁵⁾ § 72 Abs. 1 lit. e BetrVerfG

⁶⁾ NJW 1957 S. 1855

⁷⁾ NJW 1957 S. 1855

⁸⁾ Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte scheint auch das von Joachim (BB 1954 S. 1114) angeführte Beispiel falsch zu sein. Joachim führt aus: Wenn ein Unternehmer einen vakant gewordenen Vertreterposten nicht wieder besetzt und dadurch ein Auftragsrückgang eintrete, der Kündigungen notwendig mache, so liege kein dringendes betriebliches Erfordernis vor. Tatsächlich handelt es sich bei diesem Fall — vorausgesetzt, daß der Unternehmer auch in Zukunft den frei gewordenen Vertreterposten nicht mehr besetzen will — um eine freiwillige Umsatzeinschränkung, die zu einer Teilstillegung des Betriebs führt. Bei dem von Joachim angeführten Beispiel wäre daher zu prüfen, ob eine echte Teilstillegung durch die Nichtbesetzung vorliegt oder ob der Unternehmer nur vorübergehend — z. B. wegen Fehlers einer geeigneten Kraft — die Vertreterstelle nicht wieder besetzt. Nur in dem letzten Falle wäre der Auftragsrückgang nicht als dringendes betriebliches Erfordernis anzusehen.

Die summarische Ausklammerung der dem wirtschaftlichen Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterfallenden Tatbestände von einer Nachprüfung im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG bedarf jedoch einer Korrektur.

In der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts¹⁾ vom 16. 12. 1960 — 1 AZR 548/58 — finden sich folgende Sätze:

„Sollte die vom LAG nicht untersuchte Behauptung des Klägers zutreffen, daß durch die Schließung der Malereiabteilung in Wirklichkeit keine Ersparungen wesentlicher Art erzielt worden sind, so würde für die Schließung nicht ein so dringendes betriebliches Erfordernis vorliegen, daß die Kündigung aus diesem Grunde gerechtfertigt wäre.“

Der vom Bundesarbeitsgericht zu entscheidende Sachverhalt war folgender: Der Kläger war bei der Beklagten, einer Porzellanfabrik, als Maler beschäftigt gewesen. Die Beklagte beschäftigt etwa 30 Arbeitnehmer in der Malerei und weitere 298 Arbeitnehmer in dem übrigen Betrieb. Anlässlich einer Nachprüfung der Betriebsrentabilität kam die Beklagte zu der Ansicht, die Leistungen der Malerei seien unterdurchschnittlich. Nachdem die Beklagte durch Änderungskündigungen vergeblich versucht hatte, die Selbstkosten der Malereiabteilung zu senken, kündigte sie den Malern der Malereiabteilung mit der Begründung, daß sie in Zukunft durch eine fremde Firma die Malerarbeiten werde ausführen lassen. Der Kläger erhob daraufhin u. a. Kündigungsschutzklage.

Anlässlich der Frage, ob die Kündigung unwirksam sei, stellte das Bundesarbeitsgericht²⁾ fest, daß die Schließung der Malereiabteilung eine unternehmerische Entscheidung sei. Eine Unwirksamkeit der Kündigung läge aber selbst bei einem möglichen Verstoß gegen § 72 BetrVerfG nicht vor — eine wirtschaftliche Mitbestimmung des Betriebsrats hatte nicht stattgefunden — da diese Vorschrift diese Rechtsfolge hinsichtlich der Kündigung nicht habe.

Aus den Entscheidungsgründen läßt sich daher nicht sicher entnehmen, ob das Bundesarbeitsgericht überhaupt in der Schließung der Malereiabteilung eine der Mitbestimmung des Betriebsrats unterworfenen Betriebsänderung gesehen hat.³⁾ Geht man jedoch von dem Vorliegen einer Betriebsänderung i. S. des § 72 Abs. 1 BetrVerfG aus, so hätte das Bundesarbeitsgericht hinsichtlich desselben Sachverhalts einmal eine der Mitbestimmung des Betriebsrats unterworfenen Betriebsänderung angenommen, gleichzeitig jedoch auch noch eine Nachprüfung, ob die Schließung dringenden betrieblichen Erfordernissen entsprach, im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG zugelassen. Betriebsverfassungsgesetz und Kündigungsschutzgesetz würden daher — entgegen der oben vertretenen Ansicht⁴⁾ — nebeneinander zu einer Nachprüfung derselben Unternehmerentscheidung führen.

¹⁾ AP Nr. 22 zu § 56 BetrVerfG

²⁾ AP Nr. 22 zu § 56 BetrVerfG

³⁾ in seiner Anmerkung zu BAG, AP Nr. 22 zu § 56 BetrVerfG geht Neumann-Duesberg mit Recht wohl davon aus, daß § 72 BetrVerfG Anwendung finden würde.

⁴⁾ vergl. oben S. 91

Damit zeigt sich eine weitere Fallgruppe, die, obgleich sie dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterfällt, dennoch einer Nachprüfung im Kündigungsschutzverfahren zugänglich ist. Es handelt sich um die Fälle, in denen eine Betriebsänderung i. S. des § 72 Abs. 1 BetrVerfG nicht in die Unternehmensgestaltung eingreift.

Zwischen der Stilllegung eines Produktionsbetriebes oder eines wesentlichen Teiles eines solchen Betriebes und der „Schließung“¹⁾ einer Abteilung eines Betriebes, ohne daß dadurch sich an der Produktion des gesamten Betriebes etwas ändert, besteht ein für die vorliegende Untersuchung wesentlicher Unterschied. Die „Schließung“ einer Betriebsabteilung beschränkt sich auf die Betriebsgestaltung, die Stilllegung eines Betriebes oder eines wesentlichen Betriebsteiles greift in die Unternehmensgestaltung ein. Eine die Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG ausschließende Wirkung ist den Tatbeständen des § 72 Abs. 1 BetrVerfG jedoch nur insoweit zuzuerkennen, als die Betriebsänderung zugleich in dem Unternehmen selbst Änderungen hervorruft, da nur in diesen Fällen der allein dem wirtschaftlichen Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gesetzlich zugesprochene Bereich der Mitbestimmung auf Unternehmensebene berührt wird²⁾.

Als Ergebnis ist daher festzustellen:

Im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG unterfallen Unternehmerentscheidungen, die unmittelbar zu Kündigungen führen, ohne gleichzeitig eine auf die Unternehmensgestaltung sich auswirkende „Betriebsänderung“ i. S. des § 72 Abs. 1 BetrVerfG zu sein, einer gerichtlichen Nachprüfung dahingehend, ob sie durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt wurden.

II Die dringenden betrieblichen Erfordernissen entsprechende Unternehmerentscheidung

1. bei Rationalisierungskündigungen

Erhebt man die Forderung, auch die zur Kündigung führende Unternehmerentscheidung müsse unter dem Gesichtspunkt „dringender betrieblicher Erfordernisse“ geprüft werden, so stellt sich zugleich die Frage, an Hand welcher Kriterien eine solche Prüfung vorgenommen werden muß.

Ein Weg zur Lösung dieses Problems ergibt sich aus Sinn und Zweck der Wirksamkeitsvoraussetzung „dringendes betriebliches Erfordernis“. Der Gesetzgeber wollte durch diese Formulierung wirtschaftlich zweckmäßige und notwendige Unternehmermaßnahmen, selbst wenn durch sie Kündigungen unumgänglich würden, nicht an der Unkündbarkeit von Arbeitnehmern scheitern lassen.

¹⁾ das BAG (AP Nr. 22 zu § 56 BetrVerfG) spricht nur von einer „Schließung“, nicht von einer Stilllegung. Darin könnte eine bewußt vorsichtige Formulierung, die den Unterschied andeuten sollte, gesehen werden

²⁾ vergl. dazu unten S. 114 f

Was sind aber nun wirtschaftlich zweckmäßige und notwendige Maßnahmen?

Die im wirtschaftlichen Bereich von Gewinnerzielungsabsicht getragene Unternehmertätigkeit richtet sich — will sie ihr Ziel erreichen — nach zwei Größen aus:

1. nach der Marktlage, nach dem Verhältnis von Angebot und Nachfrage für das oder für die Produkte, die der Unternehmer fabriziert, d. h. gleichzeitig nach der Konkurrenz und dem Wettbewerb, der auf dem gewählten Marktsektor herrscht,
2. nach dem für die Herstellung des Produktes wesentlichen Stand der Technik.

Sieht man von der Ausnahmestellung des Monopols oder Kartells ab, so steht jedes Unternehmen mit seinen Produkten oder Leistungen in einem mehr oder weniger großen Wettbewerb mit anderen Unternehmen. Sei es nun, daß sie das gleiche Produkt anbieten, sei es, daß sie Substitutionsprodukte auf den Markt bringen. Um in diesem Wettbewerb bestehen zu können, muß die von dem Unternehmer auf dem Markt angebotene Leistung wettbewerbsfähig sein.

Die Wettbewerbsfähigkeit eines Produktes ergibt sich ihrerseits aus den verschiedensten Faktoren:

Firmenruf, Kundenstamm, alles das, was unter der Bezeichnung „good will“ eines Unternehmens zusammengefaßt wird, überdies aus dem Besitz von Patenten und Lizenzen und nicht zuletzt aus der jeweiligen Betriebs — das bedeutet in diesem Zusammenhang Produktionssituation. Der Preis eines Produktes hängt weitgehend von den Produktionskosten ab und diese wiederum von der Wirtschaftlichkeit des Betriebes.

Maßnahmen auf der Ebene des Betriebes, die zur Erhaltung oder Steigerung der Konkurrenzfähigkeit eines Unternehmens erforderlich sind, sind somit immer als ein dringendes betriebliches Erfordernis anzusehen, das die Kündigung von Arbeitnehmern nach dem Kündigungsschutzgesetz rechtfertigt.

Dabei können die verschiedensten Maßnahmen der Erhaltung oder Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens dienen.

Der häufigste Fall wird die Selbstkostensenkung durch organisatorische oder technische Rationalisierung sein. In welcher Form dies geschieht, ist dabei gleichgültig. Ob diese Kostensenkung dadurch erreicht wird, daß durch die Aufstellung einer Maschine bei gleichen fixen Kosten eine höhere Stückzahl erreicht wird oder aber bei gleicher Stückzahl die Maschine mit geringeren Kosten arbeitet — nicht nur weil die Maschine in Anschaffung und Unterhaltung billiger ist, sondern auch weil sie mit einem geringeren Ausschuß arbeitet — ist unerheblich. Entscheidend ist die effektive Kostensenkung.

Die einfache Ersetzung von Arbeitnehmern durch Maschinen, ohne daß damit eine Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit verbunden ist, ist nicht als eine Maßnahme anzusehen, die eine Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen rechtfertigt.

Diese Konsequenz ergibt sich unmittelbar aus der fehlenden Wettbewerbsbezogenheit eines solchen Vorgehens.

Es bestehen jedoch zwei Ausnahmen von diesem Grundsatz:

Gerechtfertigt ist eine solche Maßnahme dann, wenn entweder durch die maschinelle Herstellung eine Qualitätssteigerung erreicht wird — zum Beispiel größere Gleichmäßigkeit der Einzelstücke — zum anderen dann, wenn der Unternehmer, um fehlende Arbeitskräfte zu ersetzen, Maschinen aufstellt, die gleichzeitig noch vorhandenen Arbeitnehmern den Arbeitsplatz nehmen. Hauptbeispiel ist die Automation von Betrieben, weil das Fehlen von geeigneten Arbeitskräften die gesamte Produktion in Frage stellt¹⁾.

Dieses Ergebnis läßt sich nicht nur aus der Wettbewerbsbezogenheit einer solchen Maßnahme, sondern auch durch eine entsprechende Anwendung des vom Bundesarbeitsgericht zum Betriebsrisiko beim Streik oder Teilstreik entwickelten Solidaritätsgedankens der Arbeitnehmer untereinander²⁾ begründen.

Bei diesen Entscheidungen³⁾ ging es um die Frage, ob der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Lohn auch dann habe, wenn durch den Streik der Arbeitnehmer eines anderen Betriebes — Stromwerk⁴⁾ — oder durch einen wilden Teilstreik im eigenen Betrieb⁵⁾ der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht beschäftigen konnte.

Das Bundesarbeitsgericht⁶⁾ stellte sich auf den Standpunkt, daß dem Arbeitnehmer in einem solchen Falle kein Lohnanspruch zustehe. Grundsätzlich trage zwar der Unternehmer das Betriebsrisiko, dieser Grundsatz erleide jedoch dann eine Ausnahme, wenn die Störung des Betriebes aus der Sphäre des Arbeitnehmers komme, auf die der Unternehmer nicht einwirken könne.

Da der Streik der Sphäre des Arbeitnehmers zuzurechnen sei, trage daher in diesem Falle der Arbeitnehmer das Betriebsrisiko⁷⁾.

¹⁾ Daß es sich hierbei nicht um einen rein theoretischen Fall handelt, zeigt ein Geschäftsbericht einer Aktiengesellschaft für 1960/61: „Die Gesellschaft hatte im Geschäftsjahr 1960/61 mit erheblichen Schwierigkeiten in Folge der starken Fluktuation der Belegschaft zu kämpfen, die sich um 12 % verminderte. Die Folgen waren Lieferschwierigkeiten und eine Umsatzminderung. Die Verwaltung hat daher, um eine Dividende zu ermöglichen, das Betriebsergebnis durch die Auflösung stiller Reserven aufgestockt. Um den Schwierigkeiten zu begegnen, hat die Verwaltung Maßnahmen zur Rationalisierung und Spezialisierung der Fabrikation eingeleitet.“

²⁾ BAG, AP Nr. 1 zu § 615 BGB (Betriebsrisiko) mit weiteren Literaturhinweisen; AP Nr. 3, 4 und 8 zu § 615 BGB (Betriebsrisiko); vergl. auch die zustimmende Anmerkung von Hueck zu BAG AP Nr. 1 zu § 615 BGB (Betriebsrisiko)

³⁾ vergl. Angaben zu Fußnote 2

⁴⁾ dieser Sachverhalt lag BAG, AP Nr. 1 zu § 615 BGB (Betriebsrisiko) zu Grunde

⁵⁾ dieser Sachverhalt lag BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB (Betriebsrisiko) zu Grunde.

⁶⁾ vergl. Angaben zu Fußnote 2

⁷⁾ besser wohl Lohnrisiko

Dem möglichen Einwand, zwar komme der Streik aus der Sphäre des Arbeitnehmers, tatsächlich bestünde aber für den einzelnen Arbeitnehmer keine Möglichkeit, Arbeitskampfmaßnahmen in fremden Betrieben noch solche im eigenen Betrieb zu verhindern, begegnet das Bundesarbeitsgericht¹⁾ mit dem Hinweis, daß der Arbeitgeber ebenfalls Störungen aus seiner Sphäre selbst dann zu tragen habe, wenn für ihn eine Möglichkeit der Einwirkung nicht vorhanden sei. Daß beim Streik jedoch der Ursprung der Störung der Sphäre des Arbeitnehmers zuzurechnen sei, ergebe sich aus einer Berücksichtigung der Solidarität der einzelnen Arbeitnehmer untereinander²⁾.

Diese Grundsätze lassen sich auch auf die Automation infolge Arbeitskräftemangels anwenden. Auch hier kommt die Umstellung des Betriebes veranlassende Einwirkung aus der Sphäre des Arbeitnehmers, aus dem Mangel, geeignete Arbeitskräfte in ausreichender Zahl zur Verfügung zu haben.

Grundsätzlich ist daher auch die die Betriebskosten nicht senkende Automation wegen Arbeitskräftemangels als ein dringendes betriebliches Erfordernis anzusehen.

Einer Stellungnahme bedarf in diesem Zusammenhang noch die von Gaul³⁾ vertretene Auffassung, Rationalisierungsmaßnahmen mit dem alleinigen Zweck, den Unternehmergewinn zu erhöhen, rechtfertigten Entlassungen nicht⁴⁾.

Zur Begründung dieser Meinung verweist Gaul auf den Wortlaut des § 70 Abs. 1 AktG, der davon spricht, daß der Vorstand unter eigener Verantwortung „die Gesellschaft so zu leiten habe, wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es erfordern“.

In der aktienrechtlichen Literatur werden zu der Bedeutung des § 70 Abs. 1 AktG für den Arbeitsplatzschutz unterschiedliche Meinungen vertreten. Godin-Wilhelmi⁵⁾ sind der Auffassung, die einseitige Verfolgung von Aktionärsinteressen ohne Rücksichtnahme auf die Belange der Arbeitnehmer sei dem Vorstand verboten⁶⁾. Schmidt — Meyer-Landrut⁷⁾ sehen in der Vorschrift des § 70 Abs. 1 AktG lediglich die Verpflichtung des Vorstandes, den sozialen Frieden zu erhalten. Sie weisen darauf hin, daß die sozialen Forderungen unserer Zeit ihre Verwirklichung weitgehend im Betriebsverfassungsgesetz und im Kündigungsschutzgesetz gefunden hätten⁸⁾.

¹⁾ vergl. Angaben zu Fußnote 2 S. 95

²⁾ BAG, AP Nr. 1 und 3 zu § 615 BGB (Betriebsrisiko) mit zust. Anmerkung von Hueck

³⁾ „Rechtsprobleme der Rationalisierung mit ihren Lohn- und Personalfragen“

⁴⁾ Gaul a.a.O. S. 39

⁵⁾ Kommentar zum Aktiengesetz

⁶⁾ Godin-Wilhelmi, Kom. z. AktG § 70 Anm. 2 (S. 287)

⁷⁾ in Dadow-Heinichen, Großkommentar z. Aktiengesetz

⁸⁾ Schmidt-Meyer-Landrut, a.a.O. § 70 Anm. 11

Der Auffassung von Schmidt — Meyer=Landrut¹⁾, die der Bestimmung des § 70 Abs. 1 AktG die Bedeutung einer deklaratorischen Generalnorm gibt, ist zuzustimmen. Verkannt wird von Gaul²⁾, daß Ursprung und letztes Motiv jeden Unternehmerhandelns auf wirtschaftlichem Gebiet die Gewinnerzielungsabsicht ist. Auch die zur Erhaltung oder Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit vorgenommene Rationalisierung dient diesem Ziel. Wird diese Mehrschichtigkeit der Motivierung unternehmerischen Handelns erkannt, so zeigt sich auch, daß Motiv und Erfolg einer Unternehmerentscheidung auswechselbar sind.

Das Fehlen jeden Wettbewerbs wird zwar selten sein, ist jedoch theoretisch beim Monopol oder Kartell denkbar. Aber selbst das Vorliegen absoluter Konkurrenzlosigkeit — ein nur im Modell denkbarer Fall — birgt immer die Möglichkeit zukünftigen Wettbewerbs in sich, zumindest so lange, wie die staatliche Wirtschaftsverfassung den Wettbewerb grundsätzlich zuläßt und sogar fördert³⁾. Eine Rationalisierungsmaßnahme im Rahmen des Kartells oder Monopols, die zu einer Kostensenkung führt, mag daher im Zeitpunkt ihrer Vornahme ausschließlich eine Gewinnerhöhung zur Folge haben, schließt aber eine für die Zukunft wirkende Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit nicht aus.

Die Auffassung von Gaul⁴⁾, Rationalisierungsmaßnahmen mit dem alleinigen Zweck, den Unternehmergewinn zu erhöhen, rechtfertigten Entlassungen nicht, ist daher abzulehnen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß bei einer Rationalisierungskündigung die zur Kündigung führende Unternehmerentscheidung dann dringenden betrieblichen Erfordernissen entspricht, wenn die betriebliche Maßnahme bestimmt und geeignet ist, die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens zu erhalten oder zu steigern.

2. bei Abbaukündigungen

Die soziale Rechtfertigung einer sogenannten „Abbaukündigung“ läßt sich ebenfalls ohne Prüfung der zur Kündigung führenden Unternehmerentscheidung nicht feststellen⁵⁾.

Die h.M. nimmt das Vorliegen von dringenden betrieblichen Erfordernissen in diesen Fällen dann an, wenn den wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Betriebes nicht mehr anders in sinnvoller Weise begegnet werden kann als durch eine Kündigung⁶⁾ oder anders formuliert, „daß“ der Arbeitgeber zu Kündigungen nicht schon dann schreiten darf, wenn die Interessen des Betriebes dies noch nicht erfordern“, und daß er nach Möglichkeit zu ver-

¹⁾ Gadow-Heinichen, Großkom. z. AktG § 70 Anm. 11

²⁾ Rechtsprobleme der Rationalisierung mit ihren Lohn- und Personalfragen, S. 39

³⁾ Mestmäcker, JZ 1953 S. 329 ff

⁴⁾ Rechtsprobleme der Rationalisierung mit ihren Lohn- und Personalfragen, S. 39

⁵⁾ vergl. oben S. 85 f

⁶⁾ vergl. statt aller Auffarth-Müller, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 217

suchen habe, die Kündigung durch andere Mittel, z. B. durch Arbeitsstreckung oder Kurzarbeit zu vermeiden, sofern solche für den Betrieb technisch, organisatorisch und wirtschaftlich tragbar sind¹⁾).

Ob eine der von der h.M. angeführten Maßnahmen technisch, organisatorisch oder wirtschaftlich tragbar ist, entscheidet der Arbeitgeber in seiner Eigenschaft als Unternehmer. Auch die h.M. kann daher — wie bei der Frage nach dem betrieblichen Vorteil einer Unternehmermaßnahme²⁾ — nicht umhin, bei der „Abbaukündigung“ die Unternehmerentscheidung einer Nachprüfung zu unterwerfen, will sie nicht die Tatsache des Auftragsrückganges bei der Abbaukündigung als dringendes betriebliches Erfordernis ansehen.

Aus diesem Grunde kann bei der Frage, inwieweit wirtschaftliche Schwierigkeiten des Betriebs Kündigungen rechtfertigen, weitgehend auf die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.

Danach ist eine Kündigung wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten erst dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber alles versucht hat, um den Arbeitnehmer weiterhin zu beschäftigen, trotzdem jedoch eine wirtschaftlich sinnvolle Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer auf die Dauer in dem Betrieb nicht mehr besteht. Der Arbeitgeber hat somit zunächst zu versuchen, durch Abbau von Überstunden, Kurzarbeit, Arbeitsstreckung oder Beschäftigung des Arbeitnehmers an einer anderen Arbeitsstelle, den Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen. Abzustellen ist darauf, ob die Weiterbeschäftigung wirtschaftlich, organisatorisch und technisch möglich ist³⁾. Kündigt der Arbeitgeber, so hat er darzulegen und zu begründen, daß eine Weiterbeschäftigung aus den genannten Gründen nicht möglich ist⁴⁾.

Während bei der Rationalisierungskündigung eine bestimmte, bereits vom Unternehmer getroffene und durchgeführte Entscheidung auf ihre die Wettbewerbsfähigkeit erhaltende oder steigernde Funktion hin überprüft wird, erfolgt scheinbar bei der Abbaukündigung eine Nachprüfung einer Ermessensentscheidung des Unternehmers⁵⁾.

Beindet sich ein Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten, so wird in der Regel — wenn nicht sogar immer — die Einschränkung der Produktion durch die Entlassung von Arbeitnehmern eine wirtschaftlich sinnvolle Maßnahme darstellen. Dringenden betrieblichen Erfordernissen entspricht diese Maßnahme aber nur dann, wenn nicht durch andere, für den

¹⁾ Hueck, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 36 a

²⁾ vergl. oben S. 67 f

³⁾ vergl. Hueck, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 36 a; Auffarth-Müller, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 196 mit weiteren Nachweisen aus der Literatur;
aus der Rechtsprechung zu § 84 BRG vergl. LAG Ffm. Bensch LAG Bd. 14 S. 17 f a. A. RAG Bensch Bd. 14 S. 548/549 mit ablehnender Anmerkung von Flatow, der der Entscheidung des LAG Ffm. a.a.O. zustimmt; für das AOG vergl. Hueck in Hueck-Nipperdey — Dietz, Kom. z. AOG § 56 Anm. 10

⁴⁾ vergl. Literaturangaben zum KSchG in Fußnote 3

⁵⁾ so wohl LAG Ffm, Urteil v. 25. 11. 1953 — I LA 311/53 —, BB 1954 S. 228 = Betr. 1954 S. 308 = Arb. u. R. 1954 S. 126

Arbeitnehmer weniger einschneidende und für den Unternehmer zumutbare Möglichkeiten die wirtschaftlichen Schwierigkeiten gemeistert werden können. Entscheidend für die Frage, ob eine Nachprüfung einer unternehmerischen Ermessensentscheidung stattzufinden hat ist die Frage, wie der Begriff „zumutbar“ auszulegen ist. Auch die h.M. stellt dabei aber nicht auf die subjektive Seite, den Unternehmer ab, sondern beurteilt die objektive Betriebssituation¹⁾. „Zumutbar“ ist das, was für den Betrieb technisch, organisatorisch und wirtschaftlich tragbar ist²⁾. Ein freies unternehmerisches Ermessen besteht somit dann nicht, wenn durch die Durchführung einer Maßnahme Kündigungen erforderlich werden. Die Unternehmerentscheidung hat sich vielmehr danach auszurichten, ob sie dringenden betrieblichen Erfordernissen entspricht.

Ein Ermessensspielraum des Unternehmers besteht lediglich insoweit, als eine Wahlmöglichkeit zwischen einzelnen, für den Arbeitnehmer gleich einschneidenden Maßnahmen vorhanden ist.

Eine Nachprüfung dahingehend, ob der Unternehmer von seinem Ermessen in der richtigen Form Gebrauch gemacht hat oder ob ein Ermessensmißbrauch vorliegt, findet daher auch bei der sogenannten Abbaukündigung nicht statt. Ein solches Vorgehen würde voraussetzen, daß ein Unternehmer mehrere, den Bestand der Arbeitsplätze ungleich treffende Entscheidungsmöglichkeiten hätte. Diese Wahlmöglichkeit läßt § 1 Abs. 2 KSchG dem Unternehmer jedoch gerade nicht. Von mehreren technisch, organisatorisch und wirtschaftlich tragbaren und möglichen Maßnahmen, soweit sie nicht in ihren Auswirkungen auf die Arbeitsplätze gleich sind, kann nur eine dringenden betrieblichen Erfordernissen entsprechen³⁾.

III Der für die Beurteilung der Unternehmerentscheidung maßgebliche Zeitpunkt

Eine Einbeziehung der zur Kündigung führenden Unternehmerentscheidung in die nach § 1 Abs. 2 KSchG durch die Gerichte für Arbeitssachen nachzuprüfenden Tatsachen wirft die Frage auf, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Unternehmerentscheidung maßgebend ist.

Die h.M. stellt bei der Beurteilung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung auf den Zeitpunkt ab, in dem die Kündigung ausgesprochen wird⁴⁾. Bei Ausspruch der Kündigung müssen die Gründe vorliegen, die die Kündigung bedingen. Da sich die betriebliche Situation im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung gegenüber der im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der

¹⁾ vergl. Angaben zu Fußnote 3 S. 98

²⁾ wie Fußnote 1

³⁾ mit Recht weist Diekhoff (ArbuR 1957 S. 199) darauf hin, daß über Inhalt und Grenzen eines sozial richtigen Unternehmerermessens im KSchG nicht entschieden worden ist.

⁴⁾ vergl. BAG, BB 1960 S. 904; Auffarth-Müller, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 229; Dietz, NJW 1951 S. 943; Herschel-Steinmann, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 36 a; Hueck, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 43; Molitor, Die Kündigung S. 230; abweichend Frey, Arb. u. R. 1955 S. 140;

Kündigung verändern kann — neue Aufträge, die in der Zwischenzeit eingegangen sind, machen den Arbeitnehmer doch nicht entbehrlich — nimmt die h.M. insofern eine Modifikation ihres Ausgangspunktes vor, als sie darauf abstellt, daß beispielsweise der Auftragsmangel bereits im Zeitpunkt der Kündigung greifbare Formen angenommen haben muß¹⁾ oder bei einer Rationalisierungsmaßnahme der Wegfall des Arbeitsplatzes mit dem Zeitpunkt des endgültigen Ausscheidens des Arbeitnehmers aus dem Betrieb zusammenfallen muß²⁾).

Bei der sogenannten Abbaukündigung fällt die zur Kündigung führende Unternehmerentscheidung mit dem Ausspruch der Kündigung zusammen. In diesem Fall kann daher bei der Prüfung der zur Kündigung führenden Unternehmerentscheidung auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung abgestellt werden.

Bei der Rationalisierungskündigung fallen jedoch Unternehmerentscheidung und Kündigung in der Regel zeitlich auseinander. Die Entscheidung für die Anschaffung einer Maschine liegt möglicherweise weit vor der eigentlichen Kündigung. Wollte man dennoch für eine Nachprüfung der Unternehmerentscheidung auf den Zeitpunkt der Kündigung abstellen, so würden bei der Beurteilung der Unternehmerentscheidung Tatsachen eine Berücksichtigung finden können, die der Unternehmer in dem Zeitpunkt, in dem er seine Entscheidung fällte, nicht kennen konnte. Ebenso wie von der h.M. angenommen wird, daß nach der Kündigung eintretende Tatsachen die einmal ausgesprochene Kündigung nicht unwirksam machen³⁾, muß auch bei einer Prüfung der Unternehmerentscheidung, ob sie dringenden betrieblichen Erfordernissen entsprach, eine spätere Veränderung der Sachlage außer Betracht bleiben. Abzustellen ist somit auf den Zeitpunkt, in dem die Unternehmerentscheidung durch die Einleitung von Maßnahmen — z. B. Bestellung der Maschine — auch für den Unternehmer Rechtswirkungen erzeugt hat.

IV Die Kollision zwischen einer gesetzlichen bzw. vertraglichen Bindung der Unternehmerentscheidung und deren Sozialbindung

Bei den bisherigen Erörterungen war Ausgangspunkt die der Arbeitgeberentscheidung durch § 1 Abs. 2 KSchG auferlegte Bindung⁴⁾. Daneben können aber auch gesetzliche oder vertragliche Bindungen dem Unternehmer die Vornahme bestimmter, unmittelbar in den Arbeitsplatz eingreifender Maßnahmen vorschreiben. In diesen Fällen entsteht möglicherweise eine

¹⁾ vergl. Angaben zu Fußnote 4 S. 99 und BAG AP Nr. 19 zu § 1 KSchG und Nr. 1 zu § 1 KSchG (Betriebsbedingte Kündigung) LAG Kiel, BB 1952 S. 291

²⁾ Hueck, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 43

³⁾ vergl. statt aller Hueck, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 43

⁴⁾ vergl. oben S. 86/87

Kollision zwischen der gesetzlichen oder vertraglichen Bindung des Unternehmers einerseits und der Sozialgebundenheit des gleichen Unternehmers in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber andererseits. Kriterien für eine Lösung dieses Konfliktes sollen an zwei Fällen dargestellt werden.

1. bei gesetzlicher Bindung der Unternehmerentscheidung

Als Tatbestand für eine gesetzliche Pflicht des Unternehmers, Maßnahmen zu treffen, die eine Kündigung bedingen, soll folgender Fall angenommen werden:

Auf Grund eines Gesetzes wird vorgeschrieben, daß die Herstellung eines bestimmten Nahrungsmittels aus gesundheitlichen Gründen nur bakterienfrei erfolgen darf.

Ein Unternehmer, der dieses Nahrungsmittel bislang herstellte, ist aus diesem Grunde gezwungen, in seinem Betrieb ein neues Verfahren anzuwenden, das diesen gesetzlichen Anforderungen entspricht. Es soll angenommen werden, daß durch die Einführung des neuen Verfahrens Arbeitsplätze wegfallen, eine Senkung der Produktionskosten jedoch nicht damit verbunden ist.

Wollte man in diesem Falle bei der Beurteilung der zur Kündigung führenden Unternehmerentscheidung allein darauf abstellen, ob ein betrieblicher Vorteil durch die Maßnahme erreicht wurde, so müßte man zu dem Ergebnis kommen, daß ein dringendes betriebliches Erfordernis die Kündigung nicht bedingt habe. Andererseits hätte aber der Unternehmer ohne diese Umstellung seine Produktion nicht fortführen können.

Dieser Gesichtspunkt muß hier ausschlaggebend sein. Dem Unternehmer ist durch das Kündigungsschutzgesetz nicht die Möglichkeit genommen, gesetzlichen Vorschriften hinsichtlich des Produktionsverfahrens Rechnung zu tragen.

Nachgeprüft werden kann jedoch, ob der Unternehmer durch die gesetzlichen Vorschriften gerade zu der dann tatsächlich vorgenommenen Betriebsumstellung gezwungen war, oder ob eine andere, für den Arbeitnehmer nicht so einschneidende Maßnahme ebenfalls den gesetzlichen Anforderungen genügt hätte¹⁾.

Es ist daher festzustellen, daß Unternehmerentscheidungen, soweit sie lediglich gesetzlichen Bestimmungen nachkommen, „dringenden betrieblichen Erfordernissen“ entsprechen, die eine Kündigung sozial rechtfertigen.

¹⁾ entsprechend den bei der Abbaukündigung angewandten Kriterien; vergl. oben S. 97 f

2. bei vertraglicher Bindung der Unternehmerentscheidung

Der Fall einer vertraglichen Bindung des Unternehmers soll an Hand eines „Rationalisierungskartells“ dargestellt werden.

Gemäß § 5 Abs. 2 GWB kann die Kartellbehörde auf Antrag die Erlaubnis zu einem Vertrag oder Beschluß der in § 1 GWB bezeichneten Art geben, wenn die Regelung der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge dient und geeignet ist, die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen in technischer, organisatorischer oder betriebswirtschaftlicher Beziehung wesentlich zu heben.

Über die einzelnen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um von einem nach § 5 Abs. 2 GWB erlaubnisfähigen Kartell sprechen zu können, herrschen Meinungsverschiedenheiten. Soviel ist jedoch sicher, daß es sich bei der geplanten Rationalisierung — sei sie nun technischer, organisatorischer oder betriebswirtschaftlicher Art — um Maßnahmen handeln muß, die von dem einzelnen Unternehmen nicht allein durchgeführt werden können, vielmehr eines überbetrieblichen Zusammenschlusses bedürfen. Weiterhin ist erforderlich, daß bei allen beteiligten Unternehmen eine — durch die Vornahme der Rationalisierungsmaßnahmen bedingte — Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit eintritt.

Beteiligt sich ein Unternehmer an einem derartigen Kartell, so verpflichtet er sich — vorausgesetzt, daß der Vertrag die Genehmigung der Kartellbehörde erhält — zur Vornahme bestimmter Rationalisierungsmaßnahmen. Soweit die Durchführung der Rationalisierungsvereinbarung auch in die betriebliche Gestaltung eingreift, können dadurch Kündigungen notwendig werden. Greift ein Arbeitnehmer eine solche Kündigung mit der Kündigungsschutzklage an, so wird — falls es sich wirklich um eine Rationalisierungsmaßnahme handelt — diese nach den oben dargelegten Voraussetzungen erfolglos sein, da die Kündigung infolge der Vornahme von Rationalisierungsmaßnahmen aus dringenden betrieblichen Erfordernissen resultiert.

Denkbar — und möglicherweise gar nicht so selten — ist aber auch, daß ein mit dem Abschluß eines Kartells zunächst angestrebter Rationalisierungserfolg durch später eintretende Tatsachen nicht mehr verwirklicht werden kann. Treten derartige Tatsachen zu einem Zeitpunkt ein, in dem die Rationalisierungsmaßnahme bereits eingeleitet wurde und nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, so kann selbst das Fehlen des endgültigen Rationalisierungserfolges dem Arbeitgeber nicht verwehren, bei dadurch bedingten Kündigungen sich auf das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse zu berufen. Für eine Nachprüfung dieser Frage muß auf den Zeitpunkt abgestellt werden, in dem die Unternehmerentscheidung bindend getroffen wird¹⁾. War zu diesem Zeitpunkt ein Rationalisierungserfolg objektiv zu erwarten, so ist die Kündigung sozial gerechtfertigt, selbst wenn später ein solcher Erfolg für den Betrieb nicht eintritt.

¹⁾ vergl. dazu auch oben S. 99 f

Anders ist aber möglicherweise dann zu entscheiden, wenn der Unternehmer erkennt, daß die in dem Kartellvertrag vereinbarten Maßnahmen für seinen Betrieb zu einem Rationalisierungserfolg nicht führen werden, er jedoch aus anderen Gründen an dem Kartellvertrag festhalten möchte und deshalb den Kartellvertrag durchführt. Kommt es dadurch zu Kündigungen, so wird der Unternehmer in einem Kündigungsschutzverfahren zwei Dinge vortragen:

1. Das Bundeskartellamt habe durch die Genehmigung des Kartells den möglichen Rationalisierungserfolg anerkannt. Damit sei aber für das Arbeitsgericht bindend entschieden, daß die Durchführung der im Kartellvertrag vorgesehenen Maßnahmen auch für seinen Betrieb eine Rationalisierung darstelle. Das Arbeitsgericht könne nun im Kündigungsschutzverfahren nicht erneut diese Frage prüfen.

Sollte diese Prüfung durch das Arbeitsgericht aber dennoch vorgenommen werden, so könne das Arbeitsgericht keinesfalls zu einer von der Entscheidung des Bundeskartellamtes abweichenden Beurteilung kommen.

2. In jedem Falle sei er aber an den Kartellvertrag gebunden und habe daher die vereinbarten Maßnahmen durchführen müssen.

Die Untersuchung des ersten Einwands bedarf eines Eingehens auf die Bindungswirkung der Entscheidung des Bundeskartellamtes.

Eine Bindungswirkung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen — und um eine solche handelt es sich bei dem Entscheid des Bundeskartellamtes — wird grundsätzlich verneint¹⁾. Dem Verwaltungsakt wird lediglich Tatbestandswirkung für die Entscheidung des Gerichts zugebilligt²⁾. Das bedeutet, daß das Gericht davon auszugehen hat, daß ein erlaubtes Kartell vorliegt, wenn das Bundeskartellamt einem „Rationalisierungskartell“ die Erlaubnis erteilt hat — es sei denn, der erlaubniserteilende Verwaltungsakt sei ausnahmsweise nichtig, was jedoch wegen der großen Seltenheit nichtiger Verwaltungsakte praktisch ausscheidet. Diese Tatbestandswirkung erstreckt sich jedoch nicht auf alle Teile einer verwaltungsrechtlichen Entscheidung oder gar auf deren Begründung.

Erfaßt werden durch sie lediglich die konstitutiv wirkenden Merkmale der Entscheidung. Da ein unter § 5 Abs. 2 GWB fallender Kartellvertrag grundsätzlich unwirksam ist, solange die Genehmigung des Bundeskartellamtes nicht vorliegt, hat die Erlaubnis des Bundeskartellamtes konstitutive Wirkung für die Wirksamkeit des Kartellvertrages. Damit wird aber nicht zugleich konstitutiv und bindend festgestellt, die in dem Vertrag vorgesehenen Maßnahmen führten wirklich zu einer Rationalisierung innerhalb aller beteiligten Betriebe. Das Bundeskartellamt wird zwar und muß sogar, will es die Erlaubnis erteilen, dieser Überzeugung sein, Dritte sind jedoch an diese Auslegung nicht gebunden. Weder wenn bereits zum Zeitpunkt

¹⁾ vergl. Tiffert in Müller-Henneberg-Schwarz (Gemeinschaftskommentar) z. GWB § 96 Anm. 9 (S. 881)

²⁾ vergl. Tiffert wie Fußnote 1

der Erlaubniserteilung die Rationalisierung unmöglich geworden war noch und erst recht, wenn später eintretende Tatsachen, die dem Bundeskartellamt bei seiner Entscheidung noch nicht bekannt waren, nunmehr nachträglich die Erreichung des gesteckten Zieles unmöglich machen.

Bei diesen Tatbeständen handelt es sich auch nicht um Fälle des § 96 Abs. 2 GWB, die das Arbeitsgericht zur Aussetzung des Verfahrens zwingen würden¹⁾. Gemäß § 96 Abs. 2 GWB hat das angerufene Gericht ein Verfahren dann auszusetzen, wenn die Entscheidung des Rechtsstreites ganz oder teilweise von einer Entscheidung abhängt, die nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu treffen ist und damit der ausschließlichen Zuständigkeit der nach diesem Gesetz berufenen Gerichte unterliegt²⁾.

Der Prüfung der Arbeitsgerichte unterliegt aber im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes eine Entscheidung über eine derartige Vorfrage nicht. Das Arbeitsgericht entscheidet nicht, ob ein wirksamer Kartellvertrag vorliegt, sondern darüber, ob die durch den Unternehmer im konkreten Fall vorgenommene betriebliche Maßnahme — gleichgültig aus welchem Grunde sie vorgenommen wird — eine wettbewerbsbezogene Rationalisierungsmaßnahme darstellt. Das ist aber keine nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu treffende Entscheidung. Identisch ist lediglich der sowohl der Kartellbehörde als auch dem Gericht für Arbeitssachen vorgetragene Sachverhalt. Während das Bundeskartellamt jedoch darüber zu befinden hat, ob der erstrebte Rationalisierungserfolg eine Genehmigung des Kartells rechtfertigt, prüft das Gericht für Arbeitssachen, ob die vorgenommene betriebliche Maßnahme einen Rationalisierungserfolg darstellt, der eine Kündigung sozial rechtfertigt.

Was den zweiten Einwand des Unternehmers anbelangt — er sei nun einmal an den Vertrag gebunden — so ist dieser in den Fällen, in denen feststeht, daß der Rationalisierungserfolg nicht mehr erreicht werden kann, leicht auszuräumen.

§ 13 Abs. 1 GWB gibt dem Unternehmer das Recht, den Kartellvertrag aus wichtigem Grunde zu kündigen. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes wird aber neben den in § 13 Abs. 1 GWB beispielhaft genannten Gründen — unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit oder ungleiche Behandlung des Gekündigten — auch immer dann anzunehmen sein, wenn die Erreichung des Kartellzwecks — hier der Rationalisierung — unmöglich geworden ist³⁾. In diesen Fällen hat der Unternehmer daher

¹⁾ Grundsätzlich erfaßt § 96 GWB auch Verfahren vor den Arbeitsgerichten, vgl. Tiffert, Müller-Henneberg-Schwarz, Gemeinschaftskommentar z. GWB, § 96 Anm. 4 für den Fall, daß ein Gehaltsanspruch aus Kartellvertrag geltend gemacht wird.

²⁾ § 96 Abs. 1 GWB

³⁾ Baumbach-Hefermehl, Kom. z. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, § 13 GWB, Anm. 8; nicht eindeutig Dörinkel in Müller-Henneberg-Schwarz, Gemeinschaftskommentar z. GWB § 13 Anm. 4/5 und Langen, Kom. z. Kartellgesetz § 13 II „ein wichtiger Grund ist eine wesentliche, bei Vertragsschluß nicht voraussehbare Änderung der Verhältnisse, der anders als durch die Kündigung nicht Rechnung getragen werden kann, und die die weitere Einhaltung des Vertrages oder Beschlusses bei Würdigung aller Belange nicht mehr zumutbar erscheinen läßt“.

die Möglichkeit, die Bindungswirkung des Kartellvertrages zu beseitigen. Hält er dennoch aus anderen Gründen an dem Kartellvertrag fest, so kann er sich nicht auf eine vertragliche Pflicht, unrationelle Maßnahmen durchführen zu müssen, berufen¹⁾).

V Folgen des Wegfalls eines Arbeitsplatzes im Falle einer sozial nicht gerechtfertigten Kündigung

Eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG hat — außer bei der Abbaukündigung — zur Folge, daß immer dann, wenn die Wirksamkeit der Kündigung verneint wird, das Arbeitsverhältnis zwar nicht aufgelöst ist, eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer jedoch nicht mehr besteht, da der Arbeitsplatz weggefallen ist²⁾).

Dieser Konflikt müßte eigentlich auch bei der Anwendung der Vorteil — Nachteiltheorie eintreten. Folgte man der Ansicht von Hueck³⁾:

„man könne von dringenden betrieblichen Erfordernissen schwerlich sprechen, wenn nach der eigenen Ansicht des Arbeitgebers die Rationalisierung keinen ins Gewicht fallenden Vorteil bringe⁴⁾“
oder

„das Gericht kann also eine Kündigung für sozial ungerechtfertigt erklären, weil die durch die Anschaffung der Maschine für den Betrieb erhofften Vorteile in keinem rechten Verhältnis zu den für die betroffenen Arbeitnehmer entstehenden Härten stehen⁵⁾“,

so wäre auch hier zu fragen, welche Folgen eintreten, wenn trotz Wegfalls des Arbeitsplatzes der Unternehmer nicht kündigen kann. Eine Antwort auf diese Frage wird jedoch weder von Hueck⁶⁾ noch von anderen Vertretern dieser Theorie oder der Rechtsprechung gegeben. Es ist auch nicht ersichtlich, daß überhaupt dieses Problem bisher gesehen oder behandelt worden ist.

Eine Lösung dieses Konflikts könnte durch eine Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 2 KSchG erreicht werden.

§ 7 Abs. 1 Satz 2 KSchG gibt dem Arbeitgeber das Recht, falls das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist⁷⁾, im Verlaufe des Kündigungsschutzverfahrens den Antrag zu stellen, das Arbeitsverhältnis

¹⁾ Hat der Unternehmer sich nicht durch Kartellvertrag zu einer betrieblichen Umgestaltung verpflichtet, sondern durch eine zwischen mehreren Unternehmen abgeschlossene Rationalisierungsvereinbarung, die nicht zugleich auch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt (§ 1 GWB), so besteht zwischen den Parteien eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die bei Unmöglichkeit der Zweckerreichung ebenfalls gemäß § 723 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grunde gekündigt werden kann (RGZ 123 S. 25 f)

²⁾ der Wegfall des Arbeitsplatzes ist immer Voraussetzung dafür, daß überhaupt in eine Prüfung der Unternehmerentscheidung eingetreten wird.

³⁾ Kom. z. KSchG, § 1 Anm. 36 ff

⁴⁾ Hueck, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 37

⁵⁾ Hueck, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 37

⁶⁾ wie Angabe zu Fußnote 3

⁷⁾ vergl. § 7 Abs. 1 Satz 1 KSchG

aufzulösen, „da eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen ihm und dem Arbeitnehmer nicht mehr zu erwarten sei¹⁾“. Liegen diese Gründe vor, so hat das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis durch Gestaltungsurteil aufzulösen und den Arbeitgeber gleichzeitig zur Zahlung einer Abfindung an den Arbeitnehmer zu verurteilen²⁾.

Eine Anwendung dieser Vorschrift auf eine nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse sozial gerechtfertigte Kündigung wird jedoch einhellig abgelehnt³⁾.

Begründet wird diese Ablehnung damit, daß nach § 7 KSchG nur Gründe für eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Betracht kämen, die die Tätigkeit oder das Verhalten des Arbeitnehmers betreffen, wirtschaftliche oder betriebliche Gründe könnten ausschließlich Anlaß für eine betriebsbedingte Kündigung sein⁴⁾. Das Bundesarbeitsgericht führt aus⁵⁾,

„es gehe nicht an, zunächst festzustellen, die Kündigung sei nicht durch betriebliche Notwendigkeit bedingt und das Arbeitsverhältnis sei daher nicht aufgelöst, und dies dann doch aus nahezu den gleichen wirtschaftlichen Erwägungen auf Antrag des Arbeitgebers durch Richterspruch zu beenden.“

In seiner Anmerkung zu diesem Urteil führt Hueck aus⁶⁾:

„Infolge der Verneinung der Betriebsbedingtheit der Kündigung steht fest, daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer beschäftigen kann, also eine weitere Zusammenarbeit an sich möglich ist.“

Diesen Ausführungen wäre zuzustimmen, falls man mit einem Teil der Lehre annehmen würde, bereits der Wegfall eines Arbeitsplatzes rechtfertige eine Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen⁷⁾.

Gerade Hueck⁸⁾ und das Bundesarbeitsgericht⁹⁾ teilen diese Auffassung jedoch nicht. Wie die Ausführungen von Hueck¹⁰⁾ zeigen, kann auch nach der Vorteil - Nachteiltheorie eine Kündigung für sozial ungerechtfertigt erklärt werden, obwohl die Anschaffung einer Maschine zum Wegfall des Arbeitsplatzes geführt hat.

Der von Hueck¹¹⁾ und dem Bundesarbeitsgericht¹²⁾ angeführte Grund für die Unzulässigkeit, einem aus wirtschaftlichen Überlegungen gestellten Auflösungsantrag des Arbeitgebers stattzugeben, besteht daher selbst für die Vorteil - Nachteiltheorie nicht.

¹⁾ § 7 Abs. 1 Satz 2 KSchG

²⁾ über mögliche Höhe und Berechnung der Abfindung handelt § 8 KSchG

³⁾ vergl. Hueck, Kom. z. KSchG, § 7 Anm. 8; Auffarth-Müller, Kom. z. KSchG § 7 Anm. 14; Herschel-Steinmann, Kom. z. KSchG § 7, Anm. 10a; BAG, AP Nr. 6 zu § 3 KSchG mit zust. Anmerkung von Hueck

⁴⁾ vergl. statt aller Hueck, Kom. z. KSchG § 7 Anm. 8

⁵⁾ AP Nr. 6 zu § 3 KSchG

⁶⁾ Anmerkung zu AP Nr. 6 zu § 3 KSchG

⁷⁾ diese Meinung wird u. a. vertreten von Kunkel, NJW 1953 S. 497; Auffarth-Müller, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 204; Steinmann-Herschel, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 41a und 45; Nikisch, Lehrb. I § 51 V 4 (S. 623)

⁸⁾ vergl. Kom. z. KSchG § 1 Anm. 37

⁹⁾ vergl. BAG, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG und die dort angeführten Entscheidungen

¹⁰⁾ vergl. oben S. 105 Fußnote 3

¹¹⁾ Anmerkung zu BAG AP Nr. 6 zu § 3 KSchG

¹²⁾ AP Nr. 6 zu § 3 KSchG

Die Wiederlegung der vom Bundesarbeitsgericht und Hueck gegebenen Begründung gibt zugleich den Weg für eine Anwendung des § 7 KSchG auch bei wirtschaftlichen Gründen frei. Die Unmöglichkeit, einen Arbeitnehmer weiterhin zu beschäftigen, stellt eine Tatsache dar, die eine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht mehr erwarten läßt.

Damit erfährt der Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 2 KSchG scheinbar eine gewisse Vergewaltigung, da der Begriff der Zusammenarbeit mehr auf das persönliche Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber abzustellen scheint. Aus der Begründung zum Regierungsentwurf des Kündigungsschutzgesetzes¹⁾ ergibt sich jedoch, daß das Anliegen des § 7 Abs. 1 KSchG war, „den Arbeitsplatz in den Grenzen des sozial und **wirtschaftlich** Vertretbaren“ zu sichern²⁾.

Darüberhinaus folgt § 7 KSchG dem Hattenheimer Entwurf, nach dem eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch das Arbeitsgericht dann möglich sein sollte, wenn der Arbeitgeber dringende betriebliche Gründe geltend machte. Auch nennt § 7 Abs. 1 KSchG in seinem ersten Satz als Voraussetzung für einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses schlechthin die Feststellung des Arbeitsgerichts, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst sei. Aus welchen Gründen die Kündigung erfolgte, bleibt dabei unbeachtlich.

Da im Rahmen des § 7 KSchG die gleichen Gründe, die zwar die Kündigung nicht sozial rechtfertigen können, dennoch für die Begründung des Auflösungsantrags ausreichen³⁾, muß daher auch in den Fällen, in denen zwar der Wegfall eines Arbeitsplatzes eine Kündigung nicht sozial rechtfertigen kann, dennoch ein auf diese Tatsache gestützter Auflösungsantrag des Arbeitgebers Erfolg haben⁴⁾.

Eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen, deren Voraussetzung ist, daß durch die Unternehmerentscheidung unmittelbar in den Bestand eines Arbeitsplatzes eingegriffen wird, führt daher — falls der Unternehmer die getroffene Maßnahme nicht rückgängig macht oder machen kann — zu einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 7 Abs. 1 KSchG. Stellt der Arbeitgeber den Auflösungsantrag, so spricht das Gericht gleichzeitig mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer einen Abfindungsanspruch zu.

¹⁾ BAnz. 1951 Nr. 193 S. 8

²⁾ vergl. Begr. z. RegEntw. des KSchG, BAnz. 1951 Nr. 193 S. 8

³⁾ vergl. BAG, AP Nr. 2 zu § 7 KSchG

⁴⁾ daß nicht jedem Auflösungsantrag in diesen Fällen stattzugeben ist, ergibt sich aus § 7 Abs. 1 Satz 3 KSchG, der ebenfalls hier Anwendung findet. Danach ist dem Antrag des Arbeitgebers nicht stattzugeben, wenn u. a. die Kündigung offensichtlich willkürlich oder aus nichtigen Gründen unter Mißbrauch der Machtstellung des Arbeitgebers im Betrieb erfolgt ist.

VI Die Fähigkeit der Gerichte für Arbeitssachen, Unternehmerentscheidungen nachzuprüfen

Die Feststellung, daß auch im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen vorgenommen werden muß, wirft die Frage auf, ob die Gerichte für Arbeitssachen eine solche Prüfung der Unternehmerentscheidung durchführen können¹⁾.

Es wurde bereits in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß durch § 72 Abs. 1 lit. d — e BetrVerfG, besonders aber durch § 74 BetrVerfG, den Gerichten für Arbeitssachen die Nachprüfung und Beurteilung von Unternehmerentscheidungen gesetzlich übertragen worden ist.²⁾ Im Gegensatz zu der nach § 1 Abs. 2 KSchG vorzunehmenden Prüfung — Zweckmäßigkeit einer Rationalisierungsmaßnahme (Rationalisierungskündigung) oder Fehlen anderer technisch, organisatorisch oder wirtschaftlich tragbarer Ausweichmöglichkeiten (Abbaukündigung) — erstreckt sich die Prüfung nach § 74 BetrVerfG bei der Frage, ob ein zwingender Grund das Abweichen von einer Einigung mit dem Betriebsrat oder einem Einigungsvorschlag der Vermittlungsstelle rechtfertigte, sogar auf den Bereich der Unternehmensgestaltung.

Darüberhinaus zeigt ein Vergleich der Vermittlungsstelle des § 72 Abs. 2 Satz 2 BetrVerfG — die als das für die Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen zuständige Organ angesehen wird³⁾ — mit den Gerichten für Arbeitssachen, daß im Hinblick auf die Fähigkeit, wirtschaftliche Tatbestände zu beurteilen, zwischen der Vermittlungsstelle und den Gerichten für Arbeitssachen kein ins Gewicht fallender Unterschied besteht.

§ 72 Abs. 2 Satz 2 BetrVerfG bestimmt, daß Betriebsrat und Unternehmer, falls ein Interessenausgleich über die Durchführung einer Betriebsänderung nicht zustandekommt, eine Vermittlungsstelle anrufen können. Diese Vermittlungsstelle besteht — wenn nichts anderes vereinbart ist — aus zwei Beisitzern und einem unparteiischen Vorsitzenden⁴⁾. Je ein Beisitzer wird von dem Unternehmer und dem Betriebsrat bestellt und soll „nach Möglichkeit aus dem Personenkreis der Betriebsangehörigen entnommen werden⁵⁾“. Im Regelfall wird daher die Vermittlungsstelle neben dem unparteiischen Vorsitzenden — also einer weder auf der Arbeitnehmerseite noch auf der Arbeitgeberseite engagierten Persönlichkeit — mit einem Arbeitnehmervertreter und einem Arbeitgebervertreter besetzt sein.

Diesem Bild der gesetzlichen Zusammensetzung der Vermittlungsstelle entspricht im wesentlichen die Zusammensetzung der Kammern des Arbeits- und Landesarbeitsgerichts⁶⁾. Gemäß § 16 Abs. 2 AGG wird jede Kammer des Arbeitsgerichts in der Besetzung mit einem Vorsitzenden und

¹⁾ bes. Rappenecker verneint das, BB 1958 S. 47; vergl. dazu auch oben S. 65

²⁾ vergl. oben S. 65

³⁾ vergl. statt aller Fitting-Kraegeloh, Kom. z. BetrVerfG § 73 Anm. 9

⁴⁾ vergl. § 73 Abs. 2 Satz 2 BetrVerfG

⁵⁾ § 72 Abs. 2 BetrVerfG

⁶⁾ da nur das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht Tatsacheninstanzen sind (arg. § 73 AGG), kommt es für die hier interessierende Frage nur auf die Zusammensetzung dieser beiden Spruchkörper an

je einem Arbeitsrichter aus Kreisen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber tätig. Für die Besetzung der Kammern des Landesarbeitsgerichts bestimmt § 35 Abs. 2 AGG das gleiche.

Sowohl die Vermittlungsstelle als auch die Kammern der Arbeits- und Landesarbeitsgerichte sind daher in gleicher Weise paritätisch besetzt. Für einen Unterschied in der Sachkunde und der Beurteilungsfähigkeit wirtschaftlicher Sachverhalte könnte höchstens angeführt werden, daß die Beisitzer der Vermittlungsstelle, da sie Angehörige des Betriebes sein sollten, unmittelbarer mit der zu entscheidenden Sachlage vertraut seien¹⁾.

Diese Betriebsnähe der Beisitzer garantiert zwar nicht immer unvoreingenommene Sachkenntnis, es ist aber nicht zu leugnen, daß ein Beisitzer, der Betriebsangehöriger ist, eine bessere Kenntnis über die speziell für diesen Betrieb notwendigen Maßnahmen haben wird. Demgegenüber ist aber die verfahrensmäßige Stellung der Vermittlungsstelle wesentlich schwächer als die der Gerichte für Arbeitssachen.

Die Vermittlungsstelle kann zwar Auskünfte von den Parteien verlangen und den Sachverhalt durch die Vernehmung von Personen aufklären²⁾, eine Möglichkeit, derartige Auskunftserteilungen zu erzwingen oder eine Pflicht Dritter, vor der Vermittlungsstelle zu erscheinen, besteht jedoch nicht³⁾. Vornehmlich gelten nicht die allgemeinen Beweisregeln etwa in der Form der Beweislast. Unterstützen daher die Parteien die Vermittlungsstelle nicht, so ist sie weitgehend auf die eigene Sachkenntnis angewiesen.

Im arbeitsgerichtlichen Verfahren stehen demgegenüber dem Gericht weitgehende prozessuale Mittel zur Sachaufklärung zur Verfügung. Zudem trifft den Unternehmer die Beweislast für die die Kündigung bedingenden Tatsachen⁴⁾; der Unternehmer wird daher bereits von sich aus ein großes Interesse daran haben, dem Gericht die notwendige Sachaufklärung durch Beweisantritt anzubieten und zu vermitteln⁵⁾.

Die Betriebsnähe der Beisitzer der Vermittlungsstelle wird daher durch die stärkere prozessuale Stellung der Gerichte für Arbeitssachen aufgewogen.

Neben diesem Vergleich der Vermittlungsstelle des § 72 Abs. 2 Satz 2 BetrVerfG mit den Gerichten für Arbeitssachen zeigt aber auch die Spruchpraxis der Gerichte für Arbeitssachen, daß sie durchaus fähig sind, Unternehmerentscheidungen nachzuprüfen.

¹⁾ über die rechtlichen Folgen dieser Sollvorschrift besteht Uneinigkeit. Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 47 vertritt die Auffassung, daß es nicht in das Belieben der Parteien gestellt sei, ob sie einen Betriebsangehörigen benennen oder nicht. Von der Bestellung eines Betriebsangehörigen könne nur abgewichen werden, wenn wichtige Gründe dafür vorliegen. Eine einverständliche Abweichung sei indes immer zulässig; zust. Maus, Handbuch des Arbeitsrechts § 72 BetrVerfG Anm. 43/44; Galperin-Siebert, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 43 und Fitting-Kraegeloh, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 42 vertreten demgegenüber den Standpunkt, daß lediglich bei eindeutigen Mißbrauch der Wahlbefugnis, diese beschränkt sei.

²⁾ Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 73 Anm. 2 e;

³⁾ Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 73 Anm. 2 e;

⁴⁾ vergl. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG

⁵⁾ bei der Nachprüfung im Rahmen des § 74 BetrVerfG verhält es sich nicht anders. Auch in diesem Falle muß der Unternehmer beweisen, daß zwingende Gründe das Abweichen von der Einigung oder dem Einigungsvorschlag rechtfertigten.

Die große Zahl von Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte, in denen die Frage aufgeworfen wurde, ob auch die zur Kündigung führende Unternehmerentscheidung auf ihre Zweckmäßigkeit hin überprüfbar sei, macht deutlich, daß immer wieder Kündigungsschutzklagen mit der Behauptung begründet werden, die zur Kündigung führende Unternehmerentscheidung sei nicht zweckmäßig gewesen¹⁾. Die Gerichte für Arbeitssachen haben zwar durchweg ein Eingehen auf dieses Vorbringen abgelehnt, sie haben aber durch die Abwägung zwischen betrieblichem Vorteil der Unternehmermaßnahme und sozialem Nachteil des gekündigten Arbeitnehmers immer wieder die Zweckmäßigkeit der unternehmerischen Maßnahme überprüft²⁾.

Wenn das Bundesarbeitsgericht³⁾ unter Aufhebung und Zurückverweisung eines Landesarbeitsgerichtsurteils ausführt:

— „Sollte die vom LAG nicht untersuchte Behauptung des Klägers zutreffen, daß durch die Schließung der Malereiabteilung in Wirklichkeit keine Ersparungen wesentlicher Art erzielt worden sind, so würde für die Schließung nicht ein so dringendes betriebliches Erfordernis vorliegen, daß die Kündigung aus diesem Grunde gerechtfertigt wäre.“ —

so liegt darin eine ganz klare Anweisung an das Landesarbeitsgericht, die Unternehmerentscheidung auf ihre Zweckmäßigkeit — ob nämlich durch die Schließung der Malerabteilung Ersparungen wesentlicher Art erzielt worden sind — nachzuprüfen.

Das Bundesarbeitsgericht⁴⁾ betont zwar, daß bei dieser Prüfung die vom 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 4. 2. 1960 — 3 AZR 25/58⁵⁾ — ausgesprochenen Grundsätze eine Berücksichtigung finden müßten⁶⁾, dadurch wird aber nur noch deutlicher, daß auch im Rahmen der Vorteil-Nachteiltheorie eine Nachprüfung der Unternehmerentscheidung stattfindet⁷⁾.

¹⁾ Soweit ersichtlich befassen sich folgende Landesarbeitsgerichtsentscheidungen mit der Nachprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen: LAG Ffm, Betr. 1952 S. 60; Betr. 54 S. 308 = BB 54 S. 228; LAG Mannheim, BB 1952 S. 376; BB 1955 S. 574; LAG Düsseldorf, BB 1952 S. 376, = Betr. 1952 S. 312; Betr. 1952 S. 556, 888; BB 1953 S. 117; Betr. 1953 S. 296; RdA 1953 S. 239; Betr. 1953 S. 428, S. 536; Betr. 1954 S. 308 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG; Betr. 1954 S. 308, S. 888, S. 1048; Betr. 1955 S. 195; BB 1955 S. 803; S. 866 = AP Nr. 9 zu § 1 KSchG; Betr. 56 S. 1040; Betr. 1957 S. 560; Betr. 1958 S. 899; BB 1960 S. 1098 = Betr. 1960 S. 1102; LAG Hamm: Betr. 1952 S. 536; Betr. 1955 S. 244 = BB 1955 S. 227; LAG Bremen: BB 1953 S. 292; LAG Kiel: Betr. 1953 S. 296; LAG Stuttgart: BB 1954 S. 806; Betr. 1954 S. 784

²⁾ eine Nachprüfung der Unternehmerentscheidung bejahen: LAG Frankfurt/M BB 1954 S. 228 = Betr. 1954 S. 308 = Arb. u. R. 1954 S. 126; LAG Hamm Betr. 1955 S. 244 = BB 1955 S. 227 gegen eine Anwendung der Vorteil-Nachteiltheorie unter gleichzeitiger Ablehnung einer Nachprüfung der Unternehmerentscheidung entschied lediglich von den unter Fußnote 1 angegebenen Entscheidungen das LAG Düsseldorf sich in den Entscheidungen: BB 1953 S. 1044 und BB 1954 S. 717

³⁾ Entscheidung des 1. Senats vom 20. 1. 1961 — 1 AZR 53/60 — veröffentlicht in AP Nr. 2 zu § 72 BetrVerfG

⁴⁾ wie Fußnote 3

⁵⁾ BAGE Bd. 9 S. 36 = BB 1960 S. 904 = Betr. 1960 S. 984 = NJW 1960 S. 2070 = AP Nr. 5 zu § 1 KSchG (betriebsbedingte Kündigung)

⁶⁾ diese Grundsätze lauten: (BAGE Bd. 9 S. 43) „Auch die betriebsbedingte Kündigung ist nur sozial gerechtfertigt, wenn die betrieblichen Gründe bei verständiger Würdigung in Abwägung der Interessen der Beteiligten und des Betriebes die Kündigung billigenswert und angemessen erscheinen lassen.“

⁷⁾ das wurde bereits oben S. 66 f bei der Auseinandersetzung mit der Vorteil-Nachteiltheorie betont.

Für § 74 BetrVerfG hat das Bundesarbeitsgericht sich zudem eindeutig für eine Prüfung von Unternehmerentscheidungen auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten durch die Gerichte in Arbeitssachen ausgesprochen¹⁾.

Aus allem folgt, daß den Gerichten für Arbeitssachen die Fähigkeit, Unternehmerentscheidungen nachzuprüfen, zuzusprechen ist.

¹⁾ BAG, AP Nr. 2 zu § 72 BetrVerfG; ausführliche Behandlung dieser Entscheidung siehe oben S. 43 f

Schlußbetrachtung

Die Ausführungen haben ergeben, daß die Gerichte für Arbeitssachen bei der Prüfung, ob der Unternehmer aus einem zwingenden Grund von einer Einigung mit dem Betriebsrat oder einem Einigungsvorschlag der Vermittlungsstelle abgewichen ist¹⁾ sowie bei der Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen²⁾, Unternehmerentscheidungen nachprüfen müssen. Da in beiden Fällen eine Unternehmerentscheidung — und möglicherweise sogar dieselbe Unternehmerentscheidung — Gegenstand der gerichtlichen Nachprüfung ist, könnte es zu einer Kollision oder doch zumindest zu einer Überschneidung zwischen Betriebsverfassungsgesetz und Kündigungsschutzgesetz kommen. Vornehmlich könnte im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen zu einer wirtschaftlichen Mitbestimmung außerhalb des Betriebsverfassungsgesetzes führen³⁾.

Es bedarf daher noch eines Eingehens auf das Verhältnis von betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmung bzw. Nachprüfung einer Unternehmerentscheidung und Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG.

Die Untersuchung über Umfang und Wirkung des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats hat gezeigt, daß es sich bei den der Mitbestimmung unterworfenen Unternehmermaßnahmen um Betriebsänderungen handeln muß, die entweder zur Stilllegung oder Verlegung des Betriebes, zum Zusammenschluß des Betriebes mit einem anderen Betrieb, zu grundlegenden Änderungen des Betriebszweckes oder der Betriebsanlagen oder zur Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden führen⁴⁾. Vergleicht man diesen Katalog von Mitwirkungstatbeständen mit den Fällen, in denen eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen zur Unwirksamkeit einer Kündigung führen kann⁵⁾, so zeigt sich zunächst, daß lediglich bei den Tatbeständen, die eine Betriebsänderung zum Gegenstand haben, ohne zugleich einen Eingriff in die Unternehmensgestaltung darzustellen, eine Kollision zwischen Betriebsverfassungsgesetz und Kündigungsschutzgesetz eintreten könnte.

Während jedoch im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG nach der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit der unternehmerischen Maßnahme gefragt wird, hängt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht von der Wirtschaftlichkeit oder Unwirtschaftlichkeit der geplanten Betriebsänderung ab. Nur bei einer Veränderung des Betriebszweckes oder der Betriebsanlagen sowie bei der Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden können offensichtliche wirtschaftliche oder technische Gegebenheiten zu einem Wegfall des

¹⁾ § 74 BetrVerfG

²⁾ § 1 Abs. 2 KSchG

³⁾ diesen Einwand erhebt vor allen Dingen Hueck, Kom. z. KSchG § 1 Anm. 36 b

⁴⁾ vergl. § 72 Abs. 1 Satz 2 lit. a — e BetrVerfG

⁵⁾ vergl. oben S. 93 ff

Mitbestimmungsrechts führen¹⁾). Sieht man von diesen beiden Fällen ab, die auch durch die Einschränkung, daß offensichtliche wirtschaftliche oder technische Gegebenheiten sie bedingen müssen, nicht zu einer starken Beschneidung des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats führen, so ist für die wirtschaftliche Mitbestimmung des Betriebsrats alleinige Voraussetzung, daß durch die Unternehmerentscheidung wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zu erwarten sind.

Eine Nachprüfung der Unternehmerentscheidung im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG stellt demgegenüber nicht auf den zu erwartenden Nachteil für den Arbeitnehmer ab, sondern ausschließlich auf den durch die Unternehmerentscheidung zu erwartenden betrieblichen Vorteil.

Deutlich zeigt sich dieser Unterschied zwischen wirtschaftlichem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats und Sozialbindung der Unternehmerentscheidung durch § 1 Abs. 2 KSchG bei der Anwendung des § 74 BetrVerfG.

Wie bereits ausgeführt²⁾, ist eine wirtschaftlich sinnvolle und zweckmäßige Unternehmermaßnahme, die von einer bestehenden Einigung zwischen Unternehmer und Betriebsrat oder einem Einigungsvorschlag der Vermittlungsstelle abweicht, nicht schon deshalb, weil sie wirtschaftlich sinnvoll ist, aus zwingenden Gründen erfolgt.

Liegt ein solcher Fall vor, daß einerseits zwar die von der Einigung oder dem Einigungsvorschlag abweichende Maßnahme wirtschaftlich sinnvoll ist, andererseits jedoch ein zwingender Grund i. S. von § 74 BetrVerfG nicht gegeben ist, so wäre im Rahmen einer Kündigungsschutzklage die Unternehmerentscheidung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse gerechtfertigt, trotzdem jedoch ein Abfindungsanspruch — § 74 BetrVerfG — des Arbeitnehmers begründet, da die abweichende Maßnahme nicht aus zwingenden Gründen erfolgte.

Wirtschaftliches Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats und damit auch die Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 74 BetrVerfG und Sozialbindung der Unternehmerentscheidung durch § 1 Abs. 2 KSchG setzen daher an ganz verschiedenen Punkten an und kommen bei der Beurteilung derselben Unternehmermaßnahme zu völlig verschiedenen Ergebnissen.

Zu einer Kollision zwischen wirtschaftlicher Mitbestimmung des Betriebsrats oder Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 74 BetrVerfG einerseits und gerichtlicher Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG andererseits kommt es daher selbst in den Fällen nicht, in denen beide Nachprüfungen dieselbe Unternehmerentscheidung zum Gegenstand haben.

¹⁾ § 72 Abs. 1 Satz 2 lit. d und e BetrVerfG

²⁾ vergl. oben S. 41

Eine Einbeziehung der zur Kündigung führenden Unternehmerentscheidung in den Kreis der nach § 1 Abs. 2 KSchG nachprüfbaren Tatsachen stellt auch keine Mitbestimmung i. S. der §§ 72 ff BetrVerfG seitens der Gerichte für Arbeitssachen dar.

Über den rechtlichen Charakter des in § 72 BetrVerfG gesetzlich normierten Mitbestimmungsrechts herrscht Streit.

Die überwiegende Meinung in der Literatur nimmt an, daß dem Betriebsrat durch § 72 BetrVerfG lediglich ein Mitwirkungsrecht, nicht aber ein Mitbestimmungsrecht eingeräumt worden sei¹⁾. Gestützt wird diese Auffassung auf die Behauptung, von einem wirklichen Mitbestimmungsrecht könne nur dann gesprochen werden, wenn die Gültigkeit oder Wirksamkeit einer unternehmerischen Maßnahme von der Mitbestimmung des Betriebsrats abhängig sei. Von einem Mitbestimmungsrecht spricht diese Meinung daher nur in den in § 56 BetrVerfG genannten sozialen Angelegenheiten²⁾.

Demgegenüber vertreten Neumann-Duesberg³⁾, Dietz⁴⁾ und Fitting-Kraegeloh⁵⁾ die Auffassung, § 72 BetrVerfG enthalte ein echtes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Von den Vertretern dieser Meinung wird vorgebracht, daß ein „echtes Mitbestimmungsrecht“ deshalb angenommen werden müsse, weil „eine Einigung des Unternehmers mit dem Betriebsrat — und zwar bei der Willensbildung, nicht bei der Durchführung der Maßnahme — vom Gesetz verlangt werde⁶⁾“.

Unerheblich sei es, daß ein Verstoß des Unternehmers gegen diese Verpflichtung nicht zu einer Unwirksamkeit der Unternehmermaßnahme führe, da es lediglich auf die betriebsverfassungsrechtlichen Voraussetzungen, nicht aber auf die individualrechtlichen Wirkungen ankomme⁷⁾.

Der Streit darüber, ob durch § 72 BetrVerfG dem Betriebsrat ein Mitwirkungs- oder ein Mitbestimmungsrecht eingeräumt worden ist, ist nur ein theoretischer. Praktische Unterschiede entstehen dadurch bei der Anwendung des § 72 BetrVerfG nicht. Darüberhinaus wird über das Wesen der vom Gesetzgeber selbst als „Mitbestimmung⁸⁾“ bezeichneten Tätigkeit des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten dadurch nichts ausgesagt.

Entscheidend für den Charakter des wirtschaftlichen „Mitbestimmungsrechts“ ist die Feststellung, daß dieses auf der Ebene des Unternehmens ausgeübt werden kann und dadurch zugleich unmittelbar in die Risikosphäre des Unternehmers eingegriffen wird. Koenigs⁹⁾ hat darauf hinge-

¹⁾ vergl. Nipperdey in Hueck-Nipperdey, Bd. II § 68 I 3 u. § 72 III (S. 872); Galperin-Siebert, Kom. z. BetrVerfG vor § 72 Anm. 9; Erdmann, BetrVerfG vor § 67 Anm. 3 u. 5; Hessel, BB 1952 S. 923

²⁾ vergl. statt aller Nipperdey wie Fußnote 1 § 68 I 4 (S. 808)

³⁾ BetrVerfG, Kapitel 34 III 1 (S. 597)

⁴⁾ Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 3

⁵⁾ Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 2

⁶⁾ Neumann-Duesberg, BetrVerfG, Kap. 34 III 1 (S. 598)

⁷⁾ Neumann-Duesberg, BetrVerfG, Kap. 34 III 1 (S. 598), Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 3, der darauf abstellt, daß der Unternehmer nicht anders handeln darf; Fitting-Kraegeloh, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 2, die wegen der Sanktion des § 74 BetrVerfG von einem Mitbestimmungsrecht sprechen.

⁸⁾ § 72 Abs. 1 Satz 1 BetrVerfG

⁹⁾ „Grundsatzfragen der Mitbestimmung“

wiesen, daß die Legitimation der Unternehmerfunktion, das Recht, über den Einsatz der Produktionsmittel zu entscheiden oder die Leitung eines Unternehmens auszuwählen und zu überwachen, nur daraus zu begründen sei, daß der Unternehmer allein das wirtschaftliche Risiko trage¹⁾. Daraus folgert Koenigs: „daß die Grenze für die Beschränkung der Unternehmerfreiheit und für etwaige Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer die Einheit von Entscheidungsrecht und wirtschaftlichem Risiko bilde, die nicht zerrissen werden dürfe²⁾“. Da in unserem Wirtschaftssystem der Unternehmer allein das wirtschaftliche Risiko trage, stehe daher dem Unternehmer als Risikoträger auch grundsätzlich das Entscheidungsrecht im Unternehmen zu³⁾. Damit sei aber noch nicht gesagt, daß der Anspruch der Arbeitnehmer auf Mitbestimmung i. S. von Mitwirkungsrechten in den verschiedensten Formen und Abstufungen schlechthin abzulehnen sei⁴⁾.

Diese Ausführungen Koenigs⁵⁾ lassen m. E. außer Betracht, daß, obwohl das Betriebsverfassungsrecht die Entscheidungsmacht uneingeschränkt dem Unternehmer beließ, dennoch durch das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats das wirtschaftliche Risiko des Unternehmers beeinflußt wird. Es ist richtig, daß das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht zu einer Beschränkung des rechtlichen Könnens des Unternehmers führt. Der Unternehmer kann gegen eine erfolgte Mitbestimmung und gegen einen erfolgten Einigungsvorschlag eine Betriebsänderung durchführen. Der Unternehmer setzt sich damit jedoch einem erhöhten „sozialpolitischen Risiko⁶⁾“ aus. Dieses sogenannte „sozialpolitische Risiko“ steht aber nicht neben dem allgemeinen wirtschaftlichen Risiko des Unternehmers, sondern ist in der gesetzlich bestimmten und umschriebenen Form Bestandteil des Unternehmerrisikos⁷⁾.

Der Umfang des wirtschaftlichen Risikos des Unternehmers wird daher nicht nur durch den Einsatz von Sachwerten bestimmt, sondern auch durch die Übernahme sozialer Verpflichtungen und Bindungen, die durch die Beschäftigung von Arbeitnehmern auf Grund Gesetzes eintreten.

Eine solche, das wirtschaftliche Risiko des Unternehmers beeinflussende arbeitsrechtliche Bindung stellt das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats dar, da es sich bei den in § 72 Abs. 1 Satz 2 lit a — e BetrVerfG genannten Betriebsänderungen um wirtschaftliche Maßnahmen handelt, die das Ausmaß des Unternehmerrisikos bestimmen.

Ob ein Betrieb sofort oder erst in einem Jahr stillgelegt wird, eine Änderung des Betriebszwecks erfolgt oder mehrere Betriebe zusammengeschlossen werden, kann für den Unternehmer im Hinblick auf den Umfang des von

¹⁾ Grundsatzfragen, S. 36 ff

²⁾ Grundsatzfragen, S. 44

³⁾ Koenigs, Grundsatzfragen . . S. 43

⁴⁾ Koenigs, Grundsatzfragen . . S. 43

⁵⁾ Grundsatzfragen S. 36 ff

⁶⁾ Dietz, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 3

⁷⁾ das allgemeine Unternehmerrisiko ist völlig zu trennen von dem Begriff des Betriebsrisikos, wie ihn die Sphärentheorie entwickelt hat.

ihm zu tragenden Risikos nicht gleichgültig sein. Hält der Unternehmer die Einigung oder den Einigungsvorschlag ein, so führt daher die Mitbestimmung des Betriebsrats zu einer echten Mitentscheidung. Weicht der Unternehmer ohne zwingenden Grund von der Einigung oder dem Einigungsvorschlag ab, so setzt er sich den Abfindungsansprüchen dadurch gekündigter Arbeitnehmer aus. Die Rechtsfolge des § 74 BetrVerfG, die gemeinhin als „Sanktion“ bezeichnet wird¹⁾, stellt daher im Grunde genommen eine andere Form der Beeinträchtigung des wirtschaftlichen — nicht betrieblichen — Risikos des Unternehmers dar.

Wesen und Problematik des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats liegen daher nicht in der Beschränkung der Entscheidungsbefugnis des Unternehmers, sondern in dem Eingriff in die Risikosphäre des Unternehmers, ohne daß von dem Mitbestimmenden — der Belegschaft — das wirtschaftliche Risiko mitgetragen wird.

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG zu einer Mitbestimmung außerhalb des Betriebsverfassungsgesetzes führt, kommt es daher darauf an, ob eine solche Nachprüfung einen Eingriff in die Risikosphäre des Unternehmers darstellt.

Die Betriebsgestaltung — Rentabilität und Zweckmäßigkeit der Produktion — bestimmen zwar ebenfalls Grad und Ausmaß des Unternehmerrisikos, durch eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen, die die Zweckmäßigkeit der Betriebsgestaltung zum Gegenstand haben, wird jedoch das Unternehmerrisiko nicht berührt. Stellt das Gericht bei einer Nachprüfung fest, daß die Unternehmermaßnahme wirtschaftlich zweckmäßig war, so muß es der Kündigung aus dringenden betrieblichen Gründen stattgeben, d. h. die Kündigungsschutzklage abweisen. Kommt das Gericht nicht zu dieser Feststellung, stellt sich vielmehr heraus, daß die die Kündigung bedingende Maßnahme wirtschaftlich die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens weder erhalten noch steigern konnte und daher die betriebliche Situation sich durch die Unternehmermaßnahme nicht verbessert hat, so steht zugleich fest, daß auch das Unternehmerrisiko durch die Unternehmerentscheidung sich gegenüber der vorher bestehenden Betriebssituation nicht verändert hat²⁾. Die Unternehmermaßnahme selbst berührt daher noch nicht einmal das durch die Betriebsgestaltung bestimmte wirtschaftliche Risiko. Dann kann aber auch ihre Nachprüfung nicht zu einem Eingriff in das wirtschaftliche Risiko des Unternehmers führen.

Eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG stellt daher keine Mitbestimmung i. S. des Betriebsverfassungsgesetzes dar.

¹⁾ vergl. Diet, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 4; Fitting-Kraegeloh, Kom. z. BetrVerfG § 72 Anm. 2

²⁾ daß eine Fehlinvestition zu Verlusten des Unternehmers führen kann, muß bei der Beurteilung des wirtschaftlichen Risikos in dem hier erörterten Sinne außer Betracht bleiben.

Als Ergebnis der Untersuchung ist somit festzustellen:

Sowohl im Rahmen des § 74 BetrVerfG als auch bei der Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen (§ 1 Abs. 2 KSchG) unterliegen Unternehmerentscheidungen einer Nachprüfung durch die Gerichte für Arbeitssachen.

Bei der Feststellung, ob der Unternehmer aus zwingenden Gründen von einer Einigung mit dem Betriebsrat oder einem Einigungsvorschlag der Vermittlungsstelle abgewichen ist, erstreckt sich die Nachprüfung auf die wirtschaftliche Notwendigkeit des abweichenden Unternehmerhandelns. Die bloße wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der Unternehmermaßnahme rechtfertigt eine Abweichung nicht.

Im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG unterliegt eine unmittelbar zu einer Kündigung führende Unternehmerentscheidung, die nicht zugleich Änderungen in dem Bereich des Unternehmens hervorruft, einer Nachprüfung auf ihre wirtschaftliche Zweckmäßigkeit.

Dabei ist zwischen Rationalisierungskündigung und Abbaukündigung zu unterscheiden. Eine Rationalisierungskündigung entspricht dann dringenden betrieblichen Erfordernissen, wenn die zur Auflösung des Arbeitsplatzes führende Unternehmerentscheidung der Erhaltung oder Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens dient. Eine Abbaukündigung ist aus dringenden betrieblichen Erfordernissen sozial gerechtfertigt, wenn andere technisch, organisatorisch und wirtschaftlich tragbare Möglichkeiten für eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht bestehen.

Zwischen der Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen nach dem Betriebsverfassungsgesetz und nach dem Kündigungsschutzgesetz entsteht — selbst wenn beide Prüfungen dieselbe Unternehmerentscheidung zum Gegenstand haben — keine Kollision oder Überschneidung.

Eine Nachprüfung von Unternehmerentscheidungen führt auch nicht zu einer Mitbestimmung außerhalb des Betriebsverfassungsgesetzes, da sie die wirtschaftliche Risikosphäre des Unternehmers nicht berührt.

Lebenslauf

Am 7. 10. 1935 wurde ich in Emden als Sohn des Diplom-Handelslehrers Dr. Walter Gottschalk und seiner Ehefrau Elisabeth, geborene Kowalt, geboren. Meine Einschulung erfolgte Ostern 1941 in Franzensbad (Sudetenland). Ab Ostern 1946 besuchte ich die Oberschule für Jungen zu Leer, ab Herbst 1947 die Oberschule für Jungen mit gymnasialem Zug zu Emden, deren Zeugnis der Reife ich im März 1955 erwarb.

Beginnend mit dem Sommersemester 1955 studierte ich 8 Semester Rechtswissenschaft, davon 7 Semester an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main und ein Semester — Sommersemester 1957 — an der Universität Hamburg. Ich legte am 7. Juli 1959 die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung vor dem Landesprüfungsamt Hessen in Frankfurt am Main ab und trat am 19. 10. 1959 in den Referendardienst des Landes Hessen. Vom 16. 4. 1960 bis zum 30. 9. 1962 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft bei der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main tätig. Meine akademischen Lehrer waren in Frankfurt am Main die Professoren Kronstein, Schiedermair, Erler und Hoeniger, in Hamburg die Professoren Raape, Ipsen und Böttcher.

